

LE CONTROLE DU LICENCIEMENT DISCIPLINAIRE DU SALARIE PROTEGE

THESE DE DOCTORAT

DROIT PUBLIC

ECOLE DOCTORALE MAURICE HAURIU

Présentée et soutenue publiquement

Le 20 septembre 2013

A Paris

Par Virgile PRADEL

Devant le Jury ci-dessous :

Monsieur le Recteur Armel PECHEUL, Professeur à l'Université d'Angers

Directeur de thèse, Examineur

Monsieur le Professeur Charley HANNOUN, Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise

Président du jury, Rapporteur, Examineur

Monsieur Augustin EMANE, Maître de conférences à l'Université de Nantes, H.D.R.

Rapporteur, Examineur

Faculté de droit Paris Descartes

10, avenue Pierre Larousse – 92245 Malakoff

L'UNIVERSITE PARIS DESCARTES n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

A mon directeur de thèse Monsieur le Recteur Armel Pécheul,

A mes enseignants de droit public,

A ma famille.

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE. LE LICENCIEMENT DISCIPLINAIRE CONTENU PAR LA PROCEDURE

TITRE I. LA FAUTE DU SALARIE PROTEGE ENVISAGEE PAR
L'INSPECTION DU TRAVAIL

TITRE II. LA FAUTE DU SALARIE PROTEGE DANS LE
RECOURS DES PARTIES

DEUXIEME PARTIE. LE LICENCIEMENT DISCIPLINAIRE CONTENU PAR L'INDULGENCE

TITRE I. L'ATTENUATION DES EFFETS DE LA FAUTE

TITRE II. LA REDEMPTION DE LA FAUTE

RÉSUMÉ DE LA THÈSE

Le licenciement disciplinaire du salarié protégé est une activité sous contrôle. Elle implique d'autres acteurs que les parties au contrat. Elle ne concerne pas que l'employeur et le salarié. Le licenciement doit être autorisé par une décision préalable de l'inspection du travail. Cet acte administratif est contestable devant les juridictions administratives. Le législateur s'immisce aussi dans le processus par son pouvoir d'amnistie. Le contrôle du licenciement disciplinaire du salarié protégé mobilise toutes les forces de l'Etat et concerne les pouvoirs exécutifs, législatifs et judiciaires.

Ce dispositif exceptionnel répond au besoin de protection d'une certaine catégorie de salarié. Par son activité syndicale, le salarié protégé est plus exposé au licenciement. Il n'en reste pas moins que la protection dont il dispose actuellement est déséquilibrée, surtout en matière disciplinaire. La procédure de licenciement disciplinaire du salarié protégé entraîne pertes d'efficacités et violations de droits élémentaires. Elle ignore le principe de responsabilité au sein de l'entreprise, par la tolérance de fautes qui auraient pu justifier un licenciement.

L'immixtion étatique dans le licenciement disciplinaire du salarié protégé s'appuie sur des mécanismes perfectibles. Il importe d'identifier les défauts majeurs de cette procédure : complexité administrative, indulgence parfois excessive face à la faute, méconnaissance de garanties procédurales élémentaires. Passé ce diagnostic, certaines pistes d'amélioration pourront être suggérées. A l'heure où les pouvoirs publics désirent créer un environnement compétitif pour les entreprises, l'optimisation du contrôle du licenciement du salarié protégé est sans doute une préoccupation d'avenir.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

A.J.D.A.	Actualité juridique du droit administratif
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre civile
Bull. soc.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre sociale
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Civ	Cour de cassation, Chambre civile
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
Com	Cour de cassation, Chambre commerciale
ConvEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CPAM	Caisse primaire d'assurance maladie
Crim.	Cour de cassation, Chambre criminelle
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
DGT	Direction générale du travail
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
GP	Gazette du Palais
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
JCP	Juris-Classeur Périodique (La semaine juridique), Edition générale
JO	Journal Officiel
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
OIT	Organisation internationale du travail
RDP	Revue du droit public
Soc	Cour de cassation, Chambre sociale
TUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

INTRODUCTION

LA PROTECTION COMME MENACE

Au peuple d'Israël prisonnier d'un pays hostile, Yahvé délivre un message d'espoir : « n'aie pas peur ! Je vais te délivrer de la terre lointaine. Tu reviendras pour connaître la paix, et *je te donnerai une sécurité que rien ne troublera* »¹. La parole relatée par le prophète Jérémie a été déclinée sous toutes les formes. Notamment, cette promesse évoque celle des constituants français à leur peuple. Elle figure dans le bloc de constitutionnalité de la V^e République : la Nation garantit à tous la sécurité matérielle².

Les désirs de dispositifs sécurisants sont profondément ancrés. Les sociétés modernes les ont multipliés, créant un véritable filet de sécurité pour chaque individu. Or, malgré la profusion des garanties sécuritaires, le sentiment d'insécurité reste tenace. On observe une montée de l'inquiétude³ face aux risques « susceptibles d'entraîner une dégradation de la situation des individus »⁴.

Les protections n'éloignent pas le danger. Au contraire, elles le rappellent en permanence. Les systèmes de sécurisation demeurent fragiles. Ils peuvent faillir et exposer ceux qu'ils sont censés défendre. Par leur complexité, ils représentent un coût que la collectivité doit assumer parfois au risque de sa viabilité. « Etre protégé, c'est aussi être menacé »⁵.

Cette insécurité est inhérente aux dispositifs destinés à garder de la déchéance sociale. Elle concerne les mécanismes de protection sociale, y compris celui conçu pour les salariés investis dans des mandats de représentation collective. Leur protection prend la forme d'une procédure spéciale de licenciement sous contrôle de l'inspection du travail. Elle sauvegarde à la fois l'intérêt individuel du salarié à ne pas être licencié et l'intérêt collectif attaché à la préservation de la liberté syndicale. Cette protection couvre tous les

¹ Jér 46:27,28

² Alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

³ L'indice de confiance des ménages reste très inférieur à sa moyenne de longue période. En avril 2013, il atteint 80 pour une base de 100 en 2007 (Source : INSEE).

⁴ Robert CASTEL, *L'insécurité sociale*, 2003, Seuil, p. 2

⁵ Idem, p. 7

motifs de licenciement y compris celui fondé sur une faute du salarié. La décision de l'inspecteur est ensuite contestable devant le juge administratif suivant des règles proches du droit du travail. L'organisation du licenciement disciplinaire du salarié protégé en fait une matière hybride, mélange de droit public et de droit privé.

La protection juridique du salarié mandaté contre le licenciement est d'abord une source d'inquiétude pour le salarié protégé lui-même. Elle lui remémore sans cesse son exposition au licenciement. Le titulaire d'une protection contre le licenciement se sait en danger. S'il vient à être licencié malgré tout, sa protection sera source d'une frustration. Elle n'aura pas pu satisfaire ses promesses, soit parce que ses destinataires en attendaient trop, soit parce qu'elle se sera avérée inappropriée.

A cela s'ajoute une tension induite par les méthodes d'application de la protection. Elles s'avèrent parfois aux limites de la légalité. Le traitement préférentiel des salariés protégés est sur certains points en contradiction avec le principe d'égalité. Les garanties juridiques des employeurs sont également malmenées. Le licenciement du salarié protégé demeure un moment périlleux pour l'employeur. L'attendent des contrôles extrêmement poussés ainsi qu'un environnement administratif et légal hostile. Cette réalité est d'autant plus prégnante dans le cas du licenciement disciplinaire du salarié protégé, où l'employeur est contraint de cesser une relation de travail en raison d'un acte d'une gravité certaine.

Le dispositif a aussi un coût économique non négligeable. Sa rigidité est étrangère à l'idéal de « flexicurité ». Elle est bien loin de cette conception d'un emploi flexible mais sécurisé où les entreprises ne seraient pas en risque de surproduction et les chômeurs demeureraient à l'abri du besoin pendant leur recherche de travail. Le traitement des licenciements disciplinaires des salariés protégés représente également un investissement financier pris en charge par les sphères publiques et privées : salarié et employeur, conseils juridiques, syndicats, échelons locaux et centraux de l'administration ainsi que deux ordres de juridiction.

Les instruments de protection des salariés exposés sont déployés à grand frais. Ils doivent constituer une assurance contre la perte injustifiée de travail et une garantie d'expression sociale. Ils doivent éloigner le danger. Pour autant, dans l'état actuel du droit, *c'est bien la protection qui est la première des menaces*, pour le salarié protégé comme pour la société toute entière.

Ce paradoxe ne doit pas être solutionné avec brutalité. Il ne s'agit pas de prôner la table rase. La suppression de la protection de certains salariés contre le licenciement disciplinaire ne peut être envisagée, car elle résulte d'un impératif catégorique (Section I).

Un examen des difficultés inhérentes au système actuel doit plutôt être effectué. L'objectif est d'identifier ses défauts actuels pour leur proposer des pistes d'amélioration au cours de cette thèse (Section II).

SECTION I. L'IMPERATIF CATEGORIQUE D'UNE PROTECTION DE CERTAINS SALARIES CONTRE LE LICENCIEMENT

La nécessité de protéger certains salariés contre le licenciement a été reconnue aussi bien en France (I) qu'à l'international (II).

I. LES MOTIFS DE LA SOLUTION FRANÇAISE D'UNE PROTECTION DES SALARIES EXPOSES

L'expression du Professeur Verdier, « salariés protégés, salariés exposés »⁶ pourrait avoir valeur d'adage tant elle résume une vérité intemporelle. Cette exposition procède de la profonde contradiction qui existe entre les rôles de délégué et de salarié, que cumulent les représentants d'intérêts du personnel. Pour les délégués-salariés, le rapport statutaire de délégué avec l'employeur est doublé d'un rapport contractuel de salariat⁷.

Le représentant du personnel est insubordonné, car il agit librement pour « la détermination collective des conditions de travail ainsi que [pour] la gestion de l'entreprise »⁸. Le bloc de constitutionnalité lui garantit le droit de défendre ses choix et ses intérêts par l'action syndicale⁹. Le salarié agit lui dans le cadre d'un lien de subordination, et fournit une prestation de travail contre une rémunération. Cette subordination, en tant que salarié, autorise son employeur à rompre son contrat de travail. Ainsi, le délégué-salarié demeure du fait de son statut de salarié sous la menace d'un licenciement, ce qui pourrait obérer sa liberté d'agir en tant que délégué.

Pour résoudre cette contradiction, la rupture du contrat de travail par l'employeur est encadrée à tel point que l'on parle de « salarié protégé » pour désigner le délégué-salarié. Sa protection prend la forme d'une procédure spéciale de licenciement sous

⁶ Collectif (2004), Etudes offertes à J. Pélessier, Analyse juridique et valeurs en droit social, Dalloz, P. 571

⁷ Cumul souligné par Alain Supiot (1974), Le juge et le droit du travail, Thèse, Bordeaux I, p. 495

⁸ Alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

⁹ Alinéa 6 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

contrôle de l'inspection du travail. La décision de celle-ci est susceptible de recours hiérarchique devant le ministre du travail. L'éventuel refus du ministre peut être attaqué par la voie du recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif¹⁰. Ce statut protecteur garantit « tant, dans l'immédiat, le fonctionnement régulier de l'instance représentative que, pour l'avenir, la libre désignation de ses membres »¹¹. Il a été érigé en exigence constitutionnelle résultant de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946¹².

II. LA RECONNAISSANCE EXTERNE DU BIEN-FONDE DU SYSTEME DES SALARIES PROTEGES

La protection contre le licenciement disciplinaire du salarié protégé est un dispositif dont le bien-fondé est mondialement reconnu. Des organisations internationales le prônent (§1) tout comme d'autres pays que la France (§2).

§1. LES SOURCES EXTERNES DE LA PROTECTION

Le statut particulier des salariés investis dans le dialogue social est préconisé par des organisations à visée mondiale (A) et régionale (B).

A. Les conventions de l'organisation internationale du travail

L'organisation internationale du travail fait la promotion du modèle du salarié protégé. Elle favorise l'adoption d'instruments de droit international destinés à protéger les représentants syndicaux. Le premier d'entre eux est la convention n°135 de l'OIT concernant la protection des représentants des travailleurs dans l'entreprise et les facilités à leur accorder¹³.

¹⁰ Ce qui place donc le droit du licenciement des salariés protégés dans le champ d'étude du droit public, bien qu'il combine aussi les règles du droit privé

¹¹ Cass. Crim., 31 janvier 1974, n° 73-90.160

¹² CC, 20 juillet 1988, n° 88-244 DC, Dr. Soc. 1988, p. 755 ; CC, CC, 6 novembre 1988, n° 88-244 DC, Dr. Soc. 1997., p. 25

¹³ Adoptée par la Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail le 23 juillet 1971.

Après un exposé des motifs qui rappelle l'attachement des signataires à la liberté syndicale, l'article 1 de cette convention stipule que « les représentants des travailleurs dans l'entreprise doivent bénéficier d'une protection efficace contre toutes mesures qui pourraient leur porter préjudice, y compris le licenciement, et qui seraient motivées par leur qualité ou leurs activités de représentants des travailleurs, leur affiliation syndicale, ou leur participation à des activités syndicales, pour autant qu'ils agissent conformément aux lois, conventions collectives ou autres arrangements conventionnels en vigueur ».

Signée et ratifiée par la France un peu plus tard¹⁴, la convention n°158 de l'OIT concernant la cessation de la relation de travail à l'origine de l'employeur a renforcé la protection du salarié mandaté. Elle a réitéré à ses articles 4 et 5 que le motif syndical ne peut justifier le licenciement. « Un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise ». Notamment, « ne constitue pas un motif valable de licenciement l'affiliation syndicale, la participation à des activités syndicales ou le fait de solliciter, d'exercer ou d'avoir exercé un mandat de représentation des travailleurs ».

Ces conventions s'inscrivent dans la logique de l'OIT d'une forte immixtion étatique dans les relations de travail. Adoptée antérieurement¹⁵, la convention n°81 de l'OIT sur l'inspection du travail stipule que chaque membre de l'organisation doit avoir un système d'inspection du travail (article 1). Ensuite, elle charge ce système « d'assurer l'application des dispositions légales relatives (...) à la protection des travailleurs dans l'exercice de leurs fonctions » (article 4).

Dans la perspective du licenciement du salarié protégé, les conventions n°81, 135 et 158 de l'OIT forment un bloc. Elles obligent à une protection des travailleurs engagés dans le jeu syndical. Cette tâche peut être confiée à l'inspection du travail, préposée à « la protection des travailleurs dans l'exercice de leurs fonctions ».

B. Le droit de l'Union européenne

Le droit de l'Union européenne est également un puissant vecteur de la protection du salarié exposé. Il promeut le statut particulier du salarié protégé (1) et des méthodes de

¹⁴ Elle a été signée le 22 juin 1982 et ratifiée le 16 mars 1989

¹⁵ Cette convention a été adoptée 11 juillet 1947

lutte contre la discrimination (2).

1. Le statut du salarié protégé en droit de l'Union européenne

Le droit de l'UE place l'interdiction des licenciements injustifiés comme objectif de premier rang. Dans ce but, il utilise des normes juridiques d'une valeur équivalente au droit primaire, droit suprême de l'Union européenne placé au sommet de la hiérarchie de l'ordre communautaire. L'article 30 de la Charte des droits fondamentaux dispose que « tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales ». Or, selon l'article 6 TUE, cette charte a la même valeur juridique que les traités.

Le droit dérivé précise que la prohibition des licenciements injustifiés concerne les licenciements pour motif syndical. Il s'est d'abord intéressé à cette question dans le cadre de la mobilité des entreprises et de la libre circulation des travailleurs. A ce sujet, le législateur européen a souhaité préserver les protections existant déjà en droit national. En matière de transfert d'entreprises, la garantie des droits des travailleurs impose que « le mandat des représentants des travailleurs concernés par un transfert (...) continuent à bénéficier des mesures de protection prévues par les dispositions législatives, réglementaires et administrations ou la pratique des Etats membres »¹⁶.

Les structures d'entreprises transeuropéennes instaurées par le droit de l'UE s'inspirent de cette approche du licenciement du salarié protégé : les obligations communautaires laissent intactes les protections nationales des salariés mandatés. Par exemple, au sein de la Société Européenne (SE), « les membres du groupe spécial de négociation, les membres de l'organe de représentation, les représentants des travailleurs exerçant leurs fonctions dans le cadre d'une procédure d'information et de consultation et d'administration d'une SE qui sont des travailleurs de la SE, de ses filiales ou établissements ou d'une société participante jouissent, dans l'exercice de leurs fonctions, des mêmes protections et garanties que celles prévues pour les représentants des travailleurs par la législation et/ou la pratique nationale en vigueur dans leur pays

¹⁶ Article 6 de la directive de 2001/23/CE du 12 mars 2003 codifiant les directives 77/187/CEE du 14 février 1977 et 98/50/CEE du 29 juin 1998 concernant le rapprochement des législations des Etats membres

d'emploi »¹⁷.

2. Le renforcement de la lutte contre la discrimination syndicale

Le droit de l'UE ne se contente pas de respecter les textes nationaux imposant la protection des salariés participant à des activités syndicales. Il offre des garanties nouvelles à ces salariés. Il facilite notamment la preuve d'une discrimination. Cette nouvelle administration de la preuve cautionne d'autant plus, en définitive, le système de protection du salarié mandaté.

Le cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail a été initié le 27 novembre 2000¹⁸. Le législateur de l'UE y reconnaît l'importance de la lutte contre les discriminations sous toutes ses formes. A cet effet, les règles concernant la charge de la preuve de la discrimination sont aménagées. Dès lors qu'il existe une présomption de discrimination, le principe d'égalité de traitement requiert que la charge de la preuve revienne à la partie défenderesse¹⁹.

Cette directive a été transposée en droit français par la loi du 27 mai 2008²⁰. L'article 4 de cette loi dispose que « toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ».

Avec l'arrêt Perreux de 2009²¹, le Conseil d'Etat a exposé le régime de la preuve d'une discrimination. Dans l'espèce, la directive du 27 novembre 2000 n'était pas directement applicable et que la loi du 27 mai 2008 avait été votée après les faits. Toutefois, la solution du Palais-Royal s'inspire des deux textes. La preuve de la discrimination devant la juridiction administrative se fait en trois temps. D'abord, le

¹⁷ Article 10 de la directive 2001/86/CE du 8 novembre 2001 complétant le statut de la Société européenne en ce qui concerne l'implication des travailleurs.

¹⁸ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail

¹⁹ Article 10 de la directive du 27 novembre 2000 citée ci-dessus

²⁰ Loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations

²¹ CE Ass., 30 octobre 2009, Madame Perreux, Rec. 407

requérant qui s'estime lésé soumet au juge les éléments susceptibles de faire présumer une discrimination. Ensuite, le défendeur produit tous les éléments permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs extérieurs à toute discrimination. Enfin, le juge administratif peut prendre toute mesure d'instruction visant à étayer sa conviction. Si les deux premiers temps sont aussi usités par le juge communautaire²², le troisième tient compte du caractère inquisitoire de la procédure administrative française²³.

Cette administration de la preuve valide d'autant plus un licenciement de salarié protégé soumis à autorisation préalable. Une preuve fondée sur une présomption est imparfaite. Elle peut conduire à des décisions injustes. Or, l'existence d'une enquête contradictoire conduite par l'inspection du travail limite le recours à ce genre de preuves. Elle établit mieux les circonstances du licenciement avant l'instance. La nécessité de la protection du salarié mandaté est confirmée par les standards de preuve exigés par le législateur de l'UE.

§2. LA MISE EN PLACE DE LA PROTECTION DANS D'AUTRES PAYS INDUSTRIALISES

L'étude comparée révèle d'autres exemples de protection du salarié participant à la vie syndicale. La solution française n'est pas unique. Elle est aussi appliquées à divers degrés dans d'autres Etats, notamment outre-Manche et outre-Chiers²⁴. Le choix de ces deux pays n'est pas aléatoire. Pour établir des éléments de comparaison avec la législation du travail française, il faut choisir un pays à peu près semblable à la France : société moderne, économie industrialisée, indice de développement humain parmi les plus élevés. Aussi, l'Angleterre et le Luxembourg sont diamétralement opposés en termes de flexibilité du contrat de travail. Selon l'OCDE, les premiers sont exceptionnellement libéraux tandis que les seconds adoptent un droit du travail très protecteur²⁵. S'intéresser à ces deux pays permet de comparer deux extrêmes.

²² CJCE, 27 octobre 1993, Enderby, req. n°C-127/92

²³ CE Ass., 28 mai 1954, Barel, Rec. 308

²⁴ Rivière qui correspond à peu près au tracé de la frontière entre la France et le Luxembourg.

²⁵ OECD, Indicators on Employment Protection, 2008. L'indice de protection de l'emploi est échelonné entre 0 et 6. La France se situe à 3 (ce qui est très élevé comparé à la moyenne de l'OCDE), le Royaume uni à 1.09 et le Luxembourg à 3.39.

Ces différences de droit du travail dans deux pays du travail n'ignorent pas une constante : celle de la protection plus ou moins forte des salariés mandatés. Elle est constatée dans le cas anglais (A) comme dans le cas luxembourgeois (B).

A. Le cas anglais

L'Angleterre n'est pas connue pour sa longue histoire de protection de la liberté syndicale. Ses auteurs fournissent une littérature abondante décrivant l'inverse. Ainsi, dans *Hard Times*, Charles Dickens raconte comment un échange entre un employeur et un salarié parlant au nom de tous aboutit en un licenciement. Ouvrier travaillant pour le compte de Josiah Bounderby, Stephen Blackpool est l'exemple de l'expression des intérêts collectifs sacrifiés par l'employeur britannique. Pour avoir dit que les relations de travail modernes étaient devenues un *muddle* (un galimatias), Blackpool voit son contrat de travail rompu par Bounderby.

La fragilité des contrats de travail anglais est aujourd'hui établie²⁶. Toutefois, même dans ce contexte, il existe une protection des salariés mandatés. *L'Employment Right Act* de 1996 prévoit un droit de ne pas être injustement licencié²⁷. Le licenciement d'un salarié sera considéré comme *unfair* [il sera nul de plein droit] s'il est motivé par le fait que ce salarié est ou a été un représentant syndical ou qu'il se présente à une élection professionnelle²⁸. En cas de licenciement de salarié titulaire d'une charge syndicale, l'ACAS (Advisory, Conciliation and Arbitration Service) peut servir d'interface de conciliation. Cette autorité administrative indépendante constate parfois le caractère discriminatoire du licenciement, et ne manque pas de le signaler à l'*Employment Tribunal*²⁹.

²⁶ Les indicateurs précités de l'OCDE le corroborent.

²⁷ Employment Rights Act (ERA) 1996, Part X : Unfair dismissal ; Chapter I : Right not to be unfairly dismissed

²⁸ Point 103 de l'ERA précité : « An employee who is dismissed shall be regarded for the purposes of this Part as unfairly dismissed if the reason of, if more than one, the principal reason for the dismissal of the employee, being (a) an employee representative (b) a candidate in an election in which any person elected will, on being elected, be such an employee representative (c) performed (or proposed to perform) any functions or activities as such an employee representative or candidate ».

²⁹ Equivalent britannique du conseil de prud'hommes

C. Le cas luxembourgeois

La législation du travail du Luxembourg a une approche diamétralement opposée à celle du Royaume Uni. Le contrat de travail y est bien plus solide. Les salariés mandatés jouissent d'une protection très poussée. Le chapitre IV du Code du travail luxembourgeois précise les attributions de la délégation du personnel. Sa 4^e section aborde la protection spéciale contre le licenciement.

Pendant la durée de leur mandat, les salariés protégés ne peuvent être licenciés. Dans les quinze jours qui suivent la résiliation du contrat, le salarié peut demander, par simple requête, au président de la juridiction du travail qui statue d'urgence et comme en matière sommaire, les parties entendues ou dûment convoquées, de constater la nullité du licenciement et d'ordonner son maintien ou le cas échéant, sa réintégration. Toutefois, en cas de faute grave, le chef d'entreprise a la faculté de prononcer la mise à pied immédiate de l'intéressé en attendant la décision définitive de la juridiction du travail sur sa demande en résolution du contrat de travail. Lorsque la juridiction du travail refuse de faire droit à cette demande, la mise à pied est annulée et ses effets sont supprimés de plein droit³⁰.

Le licenciement du salarié au Luxembourg est soumis au régime de l'autorisation préalable. La seule différence avec la France est que cette autorisation est accordée par un juge. Les conceptions luxembourgeoise et française de la séparation des pouvoirs divergent, la seconde admettant mal la conception d'un juge administrateur : la France ne peut donc se passer d'un inspecteur du travail. Elles se rejoignent néanmoins sur les méthodes de contrôle du licenciement disciplinaire du salarié protégé.

³⁰ Les dispositions citées sont toutes tirées de l'article L. 415-11 du Code du travail luxembourgeois

SECTION II. LE DROIT DU LICENCIEMENT DISCIPLINAIRE DES SALARIES PROTEGES CONTRE LES PRINCIPES D'EFFICACITE ET DE JUSTICE

La France a opté pour une protection très poussée et coûteuse du salarié mandaté, y compris dans le cas du licenciement disciplinaire (I). Cette tolérance de la faute peut s'avérer contraire aux principes d'efficacité et de justice (II).

I. LA SOLUTION FRANÇAISE D'UNE LOURDE PROTECTION CONTRE LE LICENCIEMENT DISCIPLINAIRE

L'étude comparée révèle le constant souci de protection du salarié mandaté contre son licenciement. Toutefois, les pays utilisent des instruments différents pour respecter cette protection. La France a opté pour un système lourd, protecteur même en cas de licenciement (§1). Ce dispositif suppose un investissement financier conséquent supporté par les acteurs publics comme privés (§2).

§1. LA LARGE PROTECTION DES SALARIES PROTEGES EN CAS DE FAUTE

L'ensemble des salariés protégés (A) dispose d'une procédure spéciale de licenciement disciplinaire (B).

A. Le champ étendu de la procédure spéciale

Il existe en France une grande diversité de mandats syndicaux. Les salaires protégés exerçant un mandat sont listés à l'art. L 2411-1 du Code du travail. Ils peuvent exercer les mandats suivants, entre autres³¹: délégué syndical, délégué du personnel, membre élu du comité d'entreprise, représentant syndical au comité d'entreprise, représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, conseiller du salarié ou conseiller prud'homme.

Leurs titulaires sont tous protégés par une procédure spéciale de licenciement. Par exemple, pour le délégué du personnel, « tout licenciement envisagé par l'employeur d'un délégué ne peut intervenir que sur autorisation de l'inspecteur du travail dont dépend

³¹ Une liste plus complète sera établie durant le premier titre de la première partie de cette thèse

l'établissement »³². Cette formule est reprise pour chaque mandat : dans la phrase, seul le mot « délégué » change. Les termes utilisés sont suffisamment généraux pour couvrir l'ensemble des motifs de licenciement. Le licenciement disciplinaire est aussi concerné.

Certains salariés protégés n'exercent pas de mandat. Par exemple, il y a une protection spéciale postérieurement à l'exercice du mandat³³. Une protection est aussi établie contre le licenciement pour les salariés candidats aux fonctions de délégués du personnel³⁴ - ces derniers n'exerçant pas encore de mandat.

Enfin, la liberté syndicale s'exprime parfois dans des lieux sensibles : production de matières premières et d'énergie, voir activités militaires. Dans ce cas, l'autorité administrative de contrôle du licenciement n'est pas nécessairement l'inspection du travail, mais un corps spécialisé.

B. Le licenciement disciplinaire du salarié protégé également contrôlé

L'acte par lequel l'employeur rompt unilatéralement le contrat de travail³⁵ d'un salarié mandaté, ayant exercé ou sollicité un mandat et le congédie est contrôlé par l'administration. Le licenciement pour motif disciplinaire du salarié est concerné par ce contrôle. Que la rupture du contrat de travail soit justifiée par une « violation par le salarié des obligations professionnelles résultant de la discipline qui le régit »³⁶ ne dispense pas de l'immixtion administrative.

Le contrôle du licenciement du salarié protégé a deux traits très particuliers qui tendent à absoudre le manquement disciplinaire. Elle adopte une définition particulière de la faute exigée pour le licenciement (1) et a une capacité à mettre le licenciement en échec malgré une faute suffisante (2).

³² Article L.425-1 du Code du travail

³³ La liste plus complète des salariés bénéficiant d'une protection après exercice du mandat est énoncée à l'article L. 2411-2 du Code du travail

³⁴ La liste plus complète des salariés protégés ne bénéficiant pas de mandat est énoncée aux articles L. 2411-3 à L. 2411-10 du Code du travail

³⁵ Gérard CORNU, Vocabulaire juridique 8^e édition, PUF, 2007, p.551

³⁶ Gérard CORNU, Vocabulaire juridique 8^e édition, PUF, 2007, p.313 : définition de la faute disciplinaire

1. L'approche particulière de la faute dans le licenciement disciplinaire du salarié protégé

L'administration et le juge ont une manière tout à fait unique d'apprécier la faute du salarié protégé. Pour le salarié de droit commun, la présence d'une violation réelle et sérieuse³⁷ doit être vérifiée pour que le licenciement ait lieu. Cette violation est objective, existante, exacte³⁸ et la faute est « d'une certaine gravité, qui rend impossible sans dommages pour l'entreprise la continuation du travail et qui rend nécessaire le licenciement »³⁹

Dans le cas précis du licenciement du salarié protégé, la « violation d'obligations préexistantes »⁴⁰ doit atteindre un certain degré d'intensité pour justifier une rupture du contrat de travail. Lors d'une *Safer d'Auvergne* de 1976 commentée aux grands arrêts, l'Assemblée du Contentieux a défini ainsi ce manquement comme une « faute caractérisant des faits reprochés au salarié d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail et des exigences propres à l'exécution du mandat »⁴¹.

Le changement de lexique est décisif. On ne parle plus de manquement « sérieux », mais de faute « suffisamment grave ». Une chose est « sérieuse » quand elle est « de grande conséquence »⁴². La gravité présage plutôt d'un pronostic négatif : elle « peut emporter des conséquences *fâcheuses* »⁴³. Une faute suffisamment grave est donc plus importante qu'une faute sérieuse : il faut une faute plus conséquente pour licencier un salarié protégé.

³⁷ Loi n°73-680 du 13 juillet 1973 portant modification du code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée.

³⁸ La trilogie du « objectif/existant/exact » procède du caractère réel du manquement exigé lors d'un licenciement. Ces notions sont exposées par Jean PELISSIER et alii, *Droit du travail* (23^e édition), 2006 Précis Dalloz, pp. 525-531

³⁹ Définition du ministre du Travail pendant les débats précédant l'adoption de la loi du 13 juillet 1973 ; JO débats AN 30 mai 1973, p. 1699, col. 2

⁴⁰ Définition de la faute par Marcel Planiol, in M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, Pichon, 1901, P. 302

⁴¹ CE, Ass., 5 mai 1976, *Société d'aménagement foncier et d'établissement rural* et ministre de l'agriculture c/ Bernette, rec. p. 232

⁴² *Dictionnaire Littré*

⁴³ *Idem*

2. Le rachat de la faute du salarié protégé

La faute du salarié protégé peut être rachetée par le législateur, l'administration et le juge. Bien qu'ayant commis une faute d'une gravité suffisante, le salarié protégé ne sera pas licencié.

Cette rédemption se manifeste parfois sous la forme d'une amnistie. Le Parlement vote la loi. Il fixe les règles concernant l'amnistie, une « mesure qui ôte rétroactivement à certains faits commis à une période déterminée leur caractère délictueux – ces faits étant réputés avoir été licites, mais non pas ne pas avoir eu lieu »⁴⁴. L'amnistie concerne tous types de salariés – protégés ou non. Néanmoins, certaines lois d'amnistie semblent conçues spécifiquement pour les salariés protégés. Tel est le cas de la récente proposition de loi d'amnistie⁴⁵, surnommée « amnistie des syndicalistes »⁴⁶ par ses partisans comme par ses détracteurs.

Le salarié protégé peut voir sa faute rachetée dans deux autres cas. Ces voies de rachat sont uniquement ouvertes au salarié protégé. Un motif d'intérêt général s'opposant au licenciement peut être retenu. Pour refuser l'autorisation sollicitée, l'autorité administrative a la faculté de retenir des motifs d'intérêt général relevant de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité, sous réserve qu'une atteinte excessive ne soit pas portée à l'un ou l'autre des intérêts en présence⁴⁷. Egalement, l'administration ou le juge peut estimer, en dehors de la faute qui est reprochée au salarié, que le licenciement est lié à l'appartenance syndicale du salarié protégé. Or, « le licenciement ne doit pas être en rapport avec les fonctions représentatives normalement exercées ou l'appartenance syndicale de l'intéressé »⁴⁸. Dans ces deux cas, le licenciement du salarié protégé ne sera pas accordé, quelle que soit la faute reprochée en amont.

⁴⁴ G. CORNU, Vocabulaire juridique 8^e édition, PUF, 2007, p.55

⁴⁵ Une proposition de loi portant amnistie des faits commis à l'occasion de mouvements sociaux et d'activités syndicales et revendicatives a été déposée au Sénat

⁴⁶ Exemples de titres de journaux du 27 février 2012: L'Humanité (« Amnistie des syndicalistes : et les patrons-voyous, qui pour les condamner ? » <http://www.humanite.fr/node/516334>), Le Monde (« Quelques 300 partisans du front de gauche ont manifesté pour l'amnistie des syndicalistes » http://www.lemonde.fr/politique/article/2013/02/27/de-la-rue-au-senat-le-front-de-gauche-defend-l-amnistie-sociale_1839961_823448.html)

⁴⁷ CE, Ass., 5 mai 1976, Société d'aménagement foncier et d'établissement rural et ministre de l'agriculture c/ Bernette, rec. p. 232

⁴⁸ Idems

§2. LES MOYENS CONSIDERABLES DEDIES A LA PROTECTION DE CERTAINS SALARIES

La lourdeur de la protection du salarié mandaté se traduit également par des coûts directs importants. Ces coûts sont assumés par des acteurs privés (A) et publics (B).

A. Au niveau des acteurs privés

La procédure de licenciement du salarié protégé pèse sur les finances de l'employeur (1) et du salarié (2).

1. L'investissement de l'employeur

Pour l'employeur, le droit du licenciement du salarié protégé est une matière obscure. Elle est complexe, sujette au changement. Elle se transforme au gré des révisions législatives du droit du travail et des revirements jurisprudentiels. M. Bernard Stirn, Président de la section du contentieux du Conseil d'Etat, estime que « la matière est riche et évolutive »⁴⁹.

Il y a donc un coût d'entrée pour accéder au droit du licenciement du salarié protégé, et ce dès la procédure interne à l'entreprise⁵⁰. Ces informations ne sont pas gratuites. Comme Peter Drucker l'avait identifié, « le savoir est devenu LA ressource »⁵¹ de l'entreprise. L'employeur peut acquérir le savoir dont il a ici besoin par deux canaux. Il peut apprendre la matière et mener seul la procédure en cas de contestation. La décision administrative relative au licenciement peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir : la représentation par un avocat est facultative jusqu'en cassation⁵². L'autre option disponible revient à faire appel à un avocat ; c'est la plus courante. Bien entendu, les deux canaux d'acquisition du savoir peuvent être combinés.

⁴⁹ Bernard STIRN, Postface in Hubert ROSE, Yves STRUILLLOU, Droit du licenciement des salariés protégés, Economica, 2011, p. 1355

⁵⁰ Procédure qui ne fait pas l'objet de notre étude centrée sur l'immixtion de l'Etat dans le licenciement du salarié protégé. Celle-ci débute quand l'inspection du travail commence à s'intéresser à la rupture du contrat de travail. Cette procédure interne entre dans le décompte des coûts liés au licenciement du salarié protégé.

⁵¹ Peter DRUCKER, Au-delà du capitalisme, Dunod, 1993

⁵² L'article R.821-3 du Code de justice administrative rend obligatoire le ministère d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation lors de la cassation.

2. L'investissement du salarié

Le salarié protégé désireux de se défendre doit payer un coût d'information⁵³ suivant les mêmes canaux d'acquisition de l'employeur. Il investit soit son propre temps ou achète le savoir-faire d'une tierce personne.

Un point sépare l'employeur du salarié dans l'accès au savoir. Durant la procédure interne et devant l'inspecteur du travail, les salariés peuvent faire appel à l'aide gratuite d'un membre d'une organisation syndicale. Le Code du travail dispose que « l'inspecteur du travail procède à une enquête contradictoire au cours de laquelle le salarié peut, sur sa demande, se faire assister d'un représentant de son syndicat »⁵⁴. Ce représentant syndical ne doit pas nécessairement exercer au sein de l'entreprise dans laquelle se déroule le licenciement.

Le Conseil d'Etat a jugé que « la circonstance que l'employeur soit représenté par une personne extérieure à l'entreprise au cours de l'enquête contradictoire est sans influence sur la régularité de la procédure préalable à la délivrance de l'autorisation de licenciement, dès lors qu'il est constant que l'inspecteur du travail avait invité tant le salarié concerné que l'employeur à prendre part à l'enquête, et qu'ainsi cette dernière a revêtu le caractère contradictoire exigé par les dispositions susmentionnées du Code du travail »⁵⁵.

B. Au niveau des acteurs publics

Les acteurs publics supportent deux types de surcoût liés au statut du salarié protégé. Ils doivent financer l'élaboration et l'application des règles.

Les coûts liés à l'élaboration des règles concernent le législateur. Des députés et sénateurs accompagnés de leurs assistants parlementaires, des administrateurs du Sénat et de l'Assemblée Nationale doivent discuter puis rédiger le corpus législatif relatif au salarié protégé. Une fois adopté, le texte devra être actualisé régulièrement. Ce coût peut néanmoins être considéré comme le coût fixe de l'opération.

Le coût variable est sans doute plus important. Il concerne les inspecteurs du

⁵³ La notion de coût d'information appartient au lexique de l'économie de l'information. Voir Carl SHAPIRO, Hal VARLAN, *Information rules : a strategic guide to the network economy*, Harvard Business School Press, 1998

⁵⁴ Art. R2421-11 du Code du travail créé par le décret n° 2008-244 du 7 mars 2008

⁵⁵ CE, 16 février 1996, Molinari, req. n°151401

travail, les services du ministère et les juges administratifs mobilisés pour traiter le licenciement du salarié protégé. Ces fonctionnaires sont hautement qualifiés (catégorie A). Leur statut en fait une main d'œuvre peu flexible, un engagement de très long terme de l'Etat. Leur implication dans le contrôle du licenciement du salarié protégé ne représente pas une ligne budgétaire négligeable.

II. LES RETOMBÉES NÉGATIVES DE LA PROTECTION

Le licenciement du salarié protégé a un prix qui dépasse son simple coût direct. Il se chiffre à l'aune des externalités négatives qu'il engendre (§1) et de l'injustice qu'il génère (§2).

§1. LE COUT SOCIAL D'UNE PROTECTION CONTRE LA FAUTE

Le contrôle du licenciement du salarié protégé crée des externalités négatives. Autrement dit : son coût social est supérieur à son coût individuel. James Meade illustre le concept d'externalité avec la métaphore de l'apiculteur⁵⁶. Ce dernier perçoit un bénéfice tiré de la vente du miel. Toutefois, ses voisins propriétaires d'un verger tirent aussi profit de son exploitation par la pollinisation de leurs arbres. Le gain social est ici supérieur au gain individuel : l'externalité produite est positive. A l'inverse, si un agriculteur local déverse un pesticide nuisible aux abeilles, le coût social sera plus grand que le coût simple du pesticide. L'externalité générée est négative.

Ce raisonnement peut être appliqué aux activités pastorales comme aux règles de droit. Le licenciement du salarié protégé rigidifie le marché du travail. Or, pour réduire la précarité et augmenter la mobilité professionnelle, il est plutôt conseillé de se tourner vers la « flexicurité ». A savoir, un contrat de travail souple et des allocations chômage généreuse. Cette solution a notamment été préconisée par le rapport Cahuc-Kramarz⁵⁷. La soumission de certains licenciements à une autorisation administrative a un effet secondaire négatif sur l'économie française.

⁵⁶ James MEADE, External economies and diseconomies in a competitive situation, The economic journal (vol. 52), 1952, P. 54-67

⁵⁷ Pierre CAHUC, Francis KRAMARZ, De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle, La documentation française, 2005

L'autre externalité négative tient aux conséquences de l'atténuation des effets de la faute. Le salarié protégé parle au nom de tous. Il est l'avant-garde de l'action syndicale dans l'entreprise. Il a parfois un rôle de meneur dans la contestation sociale. Son action doit donc être exemplaire, car il sert de modèle à tous. Or, lui pardonner des fautes sérieuses peut favoriser des comportements antisociaux. « La loi interdit »⁵⁸ car il est des attitudes qui nuisent à la société. Par excès d'indulgence, les règles de fond du licenciement disciplinaire peuvent inciter à des débordements de violence inacceptables, et non à un dialogue social empreint de respect mutuel.

§2. LA PROTECTION OPPOSEE A LA JUSTICE

Le licenciement disciplinaire du salarié protégé est injuste sous certains égards. Il établit une différence de traitement entre salariés ordinaires et protégés. Aussi, par son atténuation de la faute, il méconnaît le principe de responsabilité justifié à la fois par le souci de stigmatiser le comportement de l'auteur du dommage et celui de respecter les droits de la victime⁵⁹.

Reste à savoir si cette injustice est justifiée. La divergence de situation entre les salariés protégés et les autres salariés peut légitimer un rééquilibrage. Toutefois, cette action en faveur des salariés protégés risque en l'état de créer un nouveau déséquilibre. Ce rapport entre coûts et avantages fondera notre approche. Le contrôle du licenciement disciplinaire du salarié protégé génère sans doute trop de coûts : pertes d'efficacités et surtout non-respect de garanties juridiques. La sauvegarde de la liberté syndicale n'excuse pas un oubli excessif des droits des parties et de la réalité économique. Le système destiné à l'examen du licenciement fautif du salarié doit donc être mis en œuvre avec proportionnalité.

Les désavantages de ce système seront exposés dans la perspective d'une évolution. Le contrôle du licenciement disciplinaire du salarié protégé demeure perfectible : ses procédures (Première partie) comme ses règles de fond (Deuxième partie) sont actuellement défectueuses.

⁵⁸ Jean-Etienne-Marie PORTALIS, Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de Code civil

⁵⁹ Christophe RADE, Liberté, égalité, responsabilité, in Cahiers du Conseil constitutionnel n°16, juin 2004

PREMIÈRE PARTIE.
LE LICENCIEMENT DISCIPLINAIRE CONTENU
PAR LA PROCEDURE

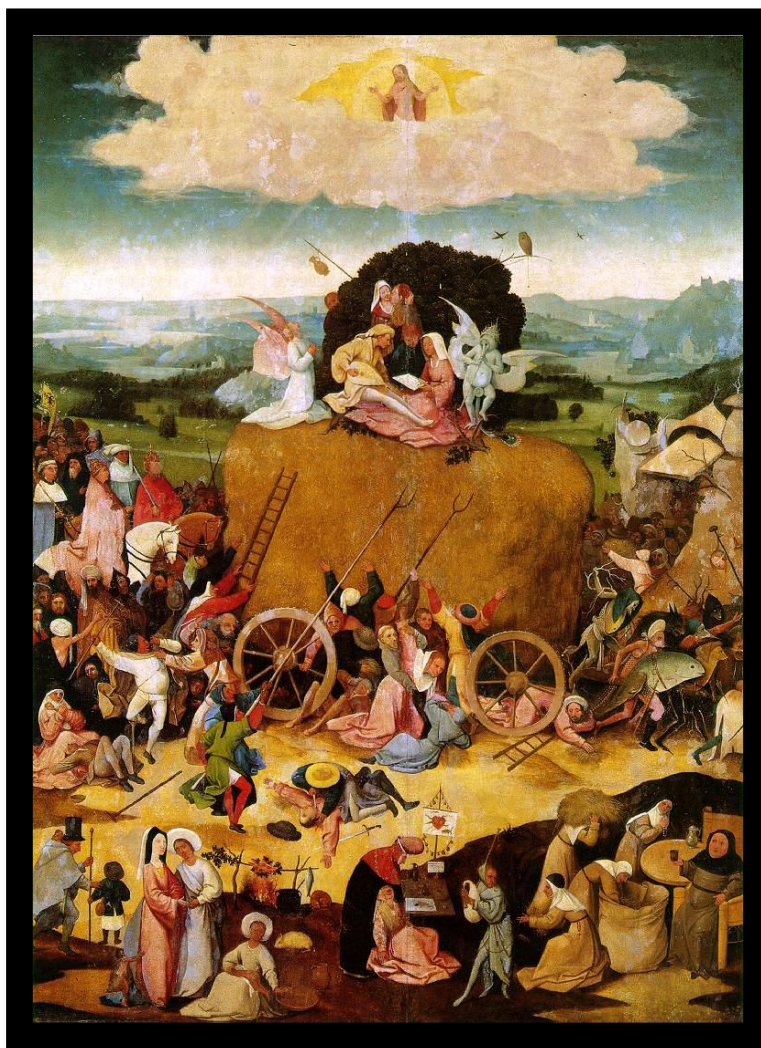


Figure 1- Jérôme Bosch, *Le chariot de foin*, XVI^e siècle

Le licenciement du salarié protégé pour un motif disciplinaire se heurte à un premier obstacle : la procédure administrative elle-même. Celle-ci est d'une pesanteur exceptionnelle et demande de la persévérance pour être accomplie jusqu'au bout. Sa complexité limite sérieusement les chances d'aboutissement du licenciement. Le grand nombre d'étapes à franchir et de diligences à respecter multiplie les sources possibles de mise en échec du licenciement. L'invocation d'un motif disciplinaire pour justifier le licenciement donne lieu à un contrôle renforcé, ce qui complique d'autant plus la procédure.

Le tableau de Jérôme Bosch, *Le chariot de foin*, fournit une bonne métaphore de la procédure administrative. Des paysans gravitent tous autour d'un chariot de foin, et le suivent en procession. Le chariot est tiré par des monstres, sa destination est hasardeuse, et des paysans se laissent distraire par la multitude d'attractions en marge du chemin. Pour les

flamands cette scène représente la vie terrestre⁶⁰. Le monde est comme ce chariot de foin. Il est tortueux, complexe, on peut s'y fourvoyer. Pour autant, il faut discerner le bon chemin pour être sauvé.

L'employeur n'a pas la même ambition: il ne recherche pas le salut, mais se trouve obligé de licencier l'un de ses salariés protégés. Néanmoins, son parcours semé d'embûches rappelle celui des paysans de Bosch. La puissance publique lui a préparé une procédure semblable au chariot de foin. En la suivant, il risque de se perdre et de ne pas accomplir son objectif premier.

C'est à tous les niveaux que l'on constate le caractère dissuasif de la procédure de licenciement du salarié protégé pour motif disciplinaire. Cette dissuasion est présente dans l'action de l'inspection du travail (Titre I), puis dans la phase de contestation de la décision de l'inspection du travail (Titre II).

⁶⁰ Un proverbe flamand dit que « le monde est comme un tas d'herbe sèches ». HAGEN Rose-Marie, Les dessous des chefs d'œuvres, Taschen, 2010. Entrée consacrée au *Chariot de foin*.

TITRE I.

LA FAUTE DU SALARIE PROTEGE ENVISAGEE PAR L'INSPECTION DU TRAVAIL

« Les inspecteurs du travail ont eu pour tâche de donner à notre corps social un sens nouveau, de lutter contre l'injustice et contre l'exclusion, de faire respecter des lois souvent en déshérence, de consacrer une large part de leur vie à cette lutte qui correspond à une vocation sans égale. Quelquefois je me suis plaint, et je me réjouis de voir aussi qu'aujourd'hui, il est question de plus en plus de restituer à l'inspection du travail le rôle qui est le sien, surtout et en particulier, lorsqu'il s'agit des licenciements »⁶¹.

Parachevons aujourd'hui le vœu du Président Mitterrand : rendons à l'inspection du travail toute son importance dans le contrôle des licenciements des salariés protégés. Cette action de l'inspection du travail est délimitée par des règles de compétence dont on examinera le contenu (Chapitre I). Ensuite, une étude doit être menée au sujet des méthodes employées par l'inspection du travail pour enquêter et décider face aux demandes d'autorisation de licenciement (Chapitre II).

⁶¹Allocution de M. François Mitterrand, Président de la République, lors du centenaire de l'inspection du travail, sur un siècle de conquêtes sociales et de lutte pour préserver les acquis sociaux, Paris le 19 janvier 1993 (<http://discours.vie-publique.fr/notices/937001500.html>)

CHAPITRE I. LA DETERMINATION DE LA COMPETENCE DE L'INSPECTION DU TRAVAIL

Des règles de droit énumèrent les cas où l'inspection du travail peut s'immiscer dans le licenciement du salarié protégé. En dehors de ces situations, l'inspection du travail ne peut agir. Cette délimitation procède de deux raisons, l'une idéologique, l'autre matérielle.

La première est issue d'une volonté politique d'adhésion aux principes du libéralisme économique en matière de licenciement. Ne font l'objet d'un contrôle systématique de l'inspection du travail que les licenciements de salariés protégés⁶². La limitation du contrôle est fondée sur un impératif libéral. L'intervention de l'Etat ne doit pas être sans frontières, sinon elle se heurterait à la liberté individuelle. Cette inflexion libérale a été confirmée par la loi du 29 mai 1986 relative à la suppression de l'autorisation administrative pour tous les licenciements. Même si le débat du rétablissement de cette autorisation a été soulevé lors de l'élection présidentielle de 2012⁶³, le législateur n'a pas jugé opportun jusqu'à présent de revenir au régime antérieur. En revanche, le régime dérogatoire de l'immixtion de l'inspection du travail dans le licenciement du salarié protégé est justifié par un motif supérieur d'intérêt général : les salariés protégés participent à l'expression syndicale qui doit rester pleine et entière. Il en va du respect du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946⁶⁴.

La seconde limitation du contrôle procède d'un impératif matériel. Les moyens humains de l'inspection du travail sont loin d'être pléthoriques. Selon un rapport rendu au Bureau international du travail en 2004, l'inspection du travail dispose de 2108 agents en équivalent temps plein. Ils assurent à eux seuls le contrôle de 40 000 entreprises de plus de 50 salariés et 1 300 000 entreprises de 1 à 49 salariés⁶⁵. Cet effectif est vécu parfois comme

⁶² Il n'y a plus de contrôle systématique de la légalité de chaque licenciement depuis la loi du 29 mai 1986 relative à la suppression de l'autorisation administrative pour tous les licenciements.

⁶³ Les Echos (4 octobre 2012), Plans sociaux, le rétablissement d'une autorisation administrative en débat (<http://www.lesechos.fr/economie-politique/france/dossier/0202307336064/0202312578699-plans-sociaux-le-retablissement-d-une-autorisation-administrative-en-debat-370087.php>)

⁶⁴ Alinéa 6 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix »

⁶⁵ L'inspection du travail en France en 2004, Rapport au BIT, p. 113

insuffisant par les inspecteurs du travail eux-mêmes – comme cette inspectrice du travail, élue de la CGT qui avoue « [être] à la limite »⁶⁶. En conséquence, l'inspection du travail ne peut contrôler tous les licenciements avec ses moyens actuels. Sans se prononcer sur son opportunité, on ne peut qu'approuver la cohérence de la mesure proposée par Monsieur Jean-Luc Mélenchon de doubler les effectifs de l'inspection du travail - dès lors qu'il souhaite dans le même temps rétablir l'autorisation de l'inspection du travail pour tous les licenciements économiques⁶⁷.

Le contrôle systématique de l'inspection du travail est limité aux seuls licenciements de salariés protégés. La compétence de l'inspection du travail doit donc être définie. On entend par compétence « l'aptitude à agir dans un certain domaine »⁶⁸. La question de la compétence a deux facettes ; la compétence *ratione materiae* et la compétence *ratione loci*. Pour être éclairé sur la compétence *ratione materiae* d'une autorité, il faut savoir si les faits de l'affaire relèvent de son domaine⁶⁹. Définir si une autorité est compétente *ratione loci*, c'est savoir si elle remplit les critères géographiques pour instruire et juger l'affaire : par exemple, si la domiciliation d'une partie correspond à son aire d'action⁷⁰.

Ces deux définitions bien générales n'épuisent pas toutes les difficultés de la détermination de la compétence de l'inspection du travail pour connaître d'un licenciement de salariés protégés. Cette détermination se heurte à bien des obstacles, et elle représente un exercice intellectuel périlleux. C'est sans doute pour cette raison que l'inspection du travail y consacre les premières parties de sa circulaire de 2012 relative au licenciement du salarié protégé⁷¹. Sur le plan matériel, il ressort que le législateur et le juge ont décidé d'interpréter largement la compétence de l'inspection du travail. En cas d'ambiguïté, la

⁶⁶ J. PARIENTE, A l'inspection du travail, on n'est pas assez nombreux et les entreprises le savent, 2012 (<http://montpellier.blog.lemonde.fr/2012/03/27/a-linspection-du-travail-on-nest-pas-assez-nombreux-et-les-entreprises-le-savent/>)

⁶⁷ J.-L. MELENCHON, L'humain d'abord : le programme du front de gauche et de son candidat commun, Jean-Luc Mélenchon pour les élections présidentielles et législatives 2012 : « Les effectifs de l'inspection du travail seront doublés », p. 5

⁶⁸ G. CORNU, Vocabulaire juridique 8^e édition, PUF, 2007, p.188

⁶⁹ Idem

⁷⁰ Idem

⁷¹ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés

compétence de l'inspection du travail sera souvent établie⁷². La détermination de la compétence territoriale est aussi complexe, notamment pour garantir l'impartialité de l'inspection du travail. En effet, l'inspecteur territorialement compétent pour enquêter le licenciement l'est aussi pour l'instruire. Il en découle un déficit d'impartialité objective de l'inspection du travail.

La question de la compétence de l'inspection du travail est duale. Il y a, d'un côté, le sujet de la large compétence *ratione materiae* de l'inspection du travail (Section I) et, de l'autre, celui des exigences d'impartialités malmenées par les règles de compétence *ratione loci* (Section II).

⁷² Cf. infra, Première Partie ; Titre I ; Chapitre I ; Section I

SECTION I. LA LARGE COMPETENCE MATERIELLE DE L'INSPECTION DU TRAVAIL

La compétence matérielle de l'inspection du travail est définie dans un esprit protecteur. Le législateur et le juge souhaitent manifestement que tous les acteurs de l'expression syndicale soient protégés. Ils entendent agir en défenseurs du dialogue social au sein de l'entreprise. Pour peu qu'un salarié protégé soit concerné, le moyen tiré de l'incompétence de l'inspection du travail est très souvent appelé à ne pas prospérer.

L'inspection du travail est compétente pour chaque catégorie de salariés protégés définie par la loi. Lorsqu'elle ne l'est pas, c'est qu'un corps d'inspection spécialisé est compétent (I). Dans d'autres cas, il est plus difficile de reconnaître le statut de salarié protégé – par exemple, quand un fonctionnaire est détaché dans une entreprise et exerce un mandat syndical. Ces cas limites sont traités avec un esprit tout aussi libéral : la protection est accordée même quand son application n'est pas évidente (II).

I. LA COMPETENCE DE L'INSPECTION DU TRAVAIL ETABLIE PAR UNE CASUISTIQUE LEGISLATIVE

Le titre IV du Code du travail est consacré aux salariés protégés. Le premier chapitre de ce quatrième titre précise quelle est la protection du salarié en cas de licenciement. Dans ce chapitre, la question du champ d'application de la protection est abordée en premier. Elle est donc considérée comme d'une importance prioritaire.

De ces dispositions législatives, il ressort que l'Etat tente de s'immiscer autant que possible dans le licenciement des salariés exposés du fait de leurs fonctions syndicales. La casuistique du Code du travail est assez exhaustive : le licenciement des salariés exposés est contrôlé soit par l'inspection du travail (§1), soit par un corps d'inspection au rôle comparable à l'inspection du travail (§2).

§1. L'INSPECTION DU TRAVAIL COMPETENTE AU TITRE DE LA LOI

L'inspection du travail est compétente pour connaître des licenciements des salariés protégés, que ceux-ci exercent un mandat (A) ou non (B).

A. Les cas où le salarié est protégé dans le cadre d'un mandat

L'inspection du travail est compétente pour connaître de la plupart des licenciements de salariés titulaires d'un mandat de représentation du personnel. Parmi les mandats, on distingue ceux qui sont exercés au sein de l'entreprise (1) de ceux qui sont exercés en dehors de l'entreprise (2).

1. Les mandats exercés au sein de l'entreprise

Le Code du travail⁷³ établit une liste quelque peu austère, mais qui donne une bonne vue d'ensemble de la compétence de l'inspection du travail pour connaître de licenciements des salariés protégés au titre de mandats exercés au sein de l'entreprise. Il investit l'inspection du travail de la protection contre le licenciement du salarié titulaire de l'un des mandats suivants :

- délégué du personnel ;
- membre élu du comité d'entreprise ;
- représentant syndical au comité d'entreprise ;
- membre du comité d'entreprise européen ;
- représentant au comité de la société européenne ;
- représentant au comité de la société coopérative européenne ;
- représentant au comité de la société issue de la fusion transfrontalière ;
- représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ;
- salarié mandaté, dans les conditions prévues à l'article L.2232-24, dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ;
- représentant des salariés mentionné à l'article L.662-4 du code de commerce lors d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire ;
- représentant des salariés au conseil d'administration ou de surveillance des entreprises du secteur public ;
- conseiller du salarié inscrit sur une liste dressée par l'autorité administrative et chargé d'assister les salariés convoqués par leur employeur en vue d'un licenciement ;

⁷³ Article L.2411-1 du Code du travail

L'article L.2411-2 du Code du travail offre également une protection à des salariés titulaires d'un mandat institué par convention ou accord collectif de travail. Il étend ainsi la compétence de l'inspection du travail. Les délégués du personnel, membres du comité d'entreprise, représentants du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail sont nommés pour une telle extension de la protection.

Une autre précision est établie par le Code du travail. Elle concerne les membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dans la fonction publique hospitalière, qui peuvent être fonctionnaires titulaires ou agents non titulaires. Les protections du livre IV « ne sont pas applicables au fonctionnaire titulaire membre du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail d'un établissement de santé, social et médico-social mentionné à l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière »⁷⁴. En revanche, le licenciement d'un agent non titulaire membre du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dans la fonction publique hospitalière est subordonné à la procédure spéciale de licenciement⁷⁵.

Enfin, la jurisprudence a clairement exclu certains mandats de la protection. Le représentant syndical au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail n'est pas protégé. Les institutions représentatives créées par voie conventionnelle doivent, pour ouvrir à leurs membres le bénéfice de la procédure spéciale protectrice prévue en faveur des représentants du personnel et des syndicats, être de même nature que celles prévues par le Code du travail. Tel n'est pas le cas de représentants syndicaux, au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, dont l'existence n'est pas prévue par le Code du travail⁷⁶.

Ces exclusions demeurent anecdotiques, et on peut tout de même sans risque tirer la conclusion suivante : les pouvoirs législatifs et judiciaires ont agi de concert pour que la grande majorité des mandats exercés au sein de l'entreprise soient concernés par la protection. L'employeur ne peut compter sur une carence des pouvoirs publics, vigilants en la matière.

⁷⁴ Article L.2411-1 du Code du travail

⁷⁵ Par « procédure spéciale », on entend la procédure réservée aux salariés protégés

⁷⁶ Cass. soc., 20 févr. 1991, n°89-42.288 ; Cass. soc., 29 janv. 2003, n°00-45.961

2. Les mandats exercés en dehors de l'entreprise

La question de la compétence de l'inspection du travail pour les mandats exercés en dehors de l'entreprise n'est pas entièrement réglée par l'inventaire législatif (a). En effet, l'inspection du travail n'est compétente que si l'employeur a eu connaissance à temps du mandat (b).

a. L'inventaire législatif

La compétence matérielle de l'inspecteur du travail comprend l'examen des licenciements de salariés protégés à raison de mandats exercés en dehors de l'entreprise qui l'emploie. Le Code du travail⁷⁷ dresse un inventaire presque exhaustif. Il est complété par l'article L.2411-2 du même code, rédigé pour inclure certains salariés titulaires d'un mandat institué par convention ou accord collectif de travail. Au total, sont protégés les titulaires des mandats suivants :

- conseiller prud'homme ;
- représentant des salariés dans une chambre d'agriculture, mentionné à l'article L.515-1 du code rural et de la pêche maritime ;
- membre du conseil d'administration d'une mutuelle, union ou fédération mentionné à l'article L.114-24 du code de la mutualité ;
- membre du conseil ou administrateur d'une caisse de sécurité sociale mentionné à l'article L.231-11 du code de la sécurité sociale ;
- représentant du personnel d'une entreprise extérieure, désigné au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail d'un établissement comprenant au moins une installation classée figurant sur la liste prévue au IV de l'article L.515-8 du code de l'environnement ou mentionnée à l'article L.211-2 du code minier ;
- membre du groupe spécial de négociation dans le cadre du comité d'entreprise européen ;
- membre du groupe spécial de négociation dans le cadre de la société coopérative européenne ;
- membre du groupe spécial de négociation dans le cadre de la société

⁷⁷ Article L.2411-4 du Code du travail

européenne ;

- membre du groupe spécial de négociation dans le cadre de la société européenne de la société issue de la fusion transfrontalière ;
- membre d'une commission paritaire d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en agriculture prévue à l'article L.717-7 du code rural et de la pêche maritime.

Là encore, on constate la minutie du législateur. Tous les mandats extérieurs à l'entreprise ont été envisagés. Il n'y a pas de vide normatif qui profiterait à l'employeur.

b. La nécessaire information préalable de l'employeur

Déterminer la compétence de l'inspection du travail pour connaître du licenciement d'un salarié titulaire d'un mandat extérieur à l'entreprise comporte une difficulté supplémentaire. L'employeur n'a pas toujours connaissance du mandat fondant le statut protégé de son salarié. Pour que le salarié oppose sa protection et que l'inspection du travail soit compétente, l'employeur doit avoir été informé à temps de l'existence du mandat.

Une question prioritaire de constitutionnalité puis un arrêt de la Cour de cassation ont fixé l'extrême limite au-delà de laquelle le salarié ne bénéficie plus de la protection. Le Conseil constitutionnel a dit que les dispositions découlant de l'exercice d'un mandat extérieur à l'entreprise assurant une protection au salarié ne sauraient, sans porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, permettre au salarié de se prévaloir d'une telle protection dès lors qu'il est établi qu'il n'en a pas informé son employeur au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement⁷⁸. La Cour de cassation en a déduit que le salarié, titulaire d'un mandat de conseiller prud'homal mentionné par l'article L.2411-1 du code du travail ne peut se prévaloir de cette protection que si, au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement, ou, s'il s'agit d'une rupture ne nécessitant pas un entretien préalable, au plus tard avant la notification de l'acte de rupture, il a informé l'employeur de l'existence de ce mandat, ou s'il rapporte la preuve que l'employeur en avait alors connaissance⁷⁹.

Récapitulons : le salarié doit avoir informé l'employeur de l'existence d'un mandat

⁷⁸ Décision QPC n° 2012-242 du 14 mai 2012

⁷⁹ Cass. soc., 14 sept. 2012, n° 11-21.307, n° 2105 FS - P + B + R, Nelis c/ Sté Iton Seine

extérieur à l'entreprise au plus tard lors de l'entretien préalable. S'il n'y avait pas besoin d'entretien préalable, cette information a eu lieu au plus tard avant la notification de l'acte de rupture. Il est dispensé de cette obligation d'information s'il prouve que son employeur était déjà informé par ses propres moyens.

B. Les cas où le salarié est protégé hors du cadre d'un mandat

La compétence de l'inspection du travail inclut le licenciement de salariés qui ne sont pas titulaires d'un mandat. Ils peuvent être impliqués dans des élections professionnelles en cours (1) ou avoir été titulaires d'un mandat protégé (2).

1. L'implication dans des élections professionnelles

Bien que non titulaires d'un mandat, les salariés demandant la tenue d'une élection, organisant une élection ou candidats à une fonction représentative sont protégés pendant six mois à compter de leur demande ou de leur candidature. Cette protection est valable pour les élections de délégués du personnel⁸⁰, les élections au comité d'entreprise⁸¹, au conseil d'administration ou de surveillance des entreprises du secteur public⁸² ou aux fonctions de conseiller prud'hommes (à condition que l'employeur ait pu prendre connaissance de sa candidature)⁸³. Le candidat à une élection comme représentant des salariés n'est, lui, protégé que dans les trois mois suivant les candidatures⁸⁴.

2. L'ancienne appartenance à une catégorie de salarié protégé

Les anciens délégués syndicaux⁸⁵, salariés mandatés⁸⁶, représentants sont protégés. Leur protection dure pendant les douze mois suivant la date de cessation de ses fonctions, s'ils ont exercé ces dernières pendant au moins un an.

Les salariés ayant siégé en qualité de représentants du personnel dans un comité

⁸⁰ Articles L.2411-6 et -7 du Code du travail

⁸¹ Articles L.2411-9 et -10 du Code du travail

⁸² Article L.2411-17 du Code du travail

⁸³ Article L.2411-22 du Code du travail

⁸⁴ Article L.2411-18 du Code du travail

⁸⁵ Article L.2411-3 du Code du travail

⁸⁶ Article L.2411-4 du Code du travail

d'entreprise⁸⁷, une commission paritaire d'hygiène, de sécurité des conditions de travail en agriculture⁸⁸ ou dans un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail⁸⁹ bénéficient de la protection pendant une durée plus courte. Il en va de même pour les conseillers prud'hommes⁹⁰. Ils sont protégés durant les six premiers mois suivant l'expiration de leur mandat (ou de la disparition de leur institution en ce qui concerne la commission paritaire d'hygiène, de sécurité des conditions de travail en agriculture).

Les anciens candidats à l'élection comme représentant des salariés sont aussi protégés dans les trois mois suivant le dépôt des candidatures⁹¹.

§2. L'INCOMPETENCE EXCEPTIONNELLE DE L'INSPECTION DU TRAVAIL AU PROFIT D'AUTRES CORPS DE FONCTIONNAIRES

L'inspection du travail n'a pas le monopole des missions d'inspection du travail. Pour le contrôle du licenciement du salarié protégé, elle ne dispose que d'une compétence de principe. Sous réserve de dispositions contraires, les missions d'inspection du travail sont exercées par les inspecteurs et contrôleurs du travail placés sous l'autorité du ministre chargé du travail⁹². Or, des dispositions contraires à ce principe existent : d'autres corps participent au « système d'inspection du travail »⁹³, pour reprendre la terminologie englobante utilisée par l'Organisation internationale du travail.

Ces fonctionnaires dépendent parfois d'autres départements ministériels, et leur compétence se substitue à celle de l'inspection du travail (A). Cette spécificité a résisté à la logique de fusion des corps ayant des missions d'inspection du travail (B).

A. Les domaines de mise en échec du monopole de compétence de l'inspection du travail

Dans certains cas, le législateur et le pouvoir réglementaire ont dépossédé

⁸⁷ Article L.2411-7 du Code du travail

⁸⁸ Article L.2411-15 du Code du travail

⁸⁹ Article L.2411-13 du Code du travail

⁹⁰ Article L.2411-22 du Code du travail

⁹¹ Article L.2411-18 du Code du travail

⁹² Article R.8111-1 du Code du travail

⁹³ Article 2 de la Convention (n° 81) sur l'inspection du travail adoptée le 11 juillet 1947 par l'OIT

l'inspection du travail de sa compétence pour connaître du licenciement du salarié protégé. D'autres corps de fonctionnaires en sont chargés. La répartition entre l'inspection du travail et ces corps est listée dans le Code du travail. On constate deux catégories : celle des matières premières et de l'énergie (1) et celle des activités militaires (2).

1. L'énergie et les matières premières

Le premier domaine d'exclusion de l'inspection du travail recoupe les matières premières et l'énergie. Dans les mines et carrières, ainsi que dans leurs dépendances, les missions d'inspection du travail sont exercées par les fonctionnaires habilités à cet effet par les directeurs régionaux de l'environnement, de l'aménagement et du logement parmi les agents placés sous leur autorité⁹⁴.

Une exception semblable est aménagée pour les établissements et ouvrages des aménagements hydroélectriques concédés. Les missions d'inspection du travail y sont exercées par les ingénieurs ou techniciens, dûment habilités par les directeurs régionaux de l'environnement, de l'aménagement et du logement ou par le directeur régional et interdépartemental de l'environnement et de l'énergie d'Ile-de-France⁹⁵.

Enfin, au sein des centrales de production d'électricité comprenant une ou plusieurs installations nucléaires de base⁹⁶, les missions d'inspection du travail sont exercées par les ingénieurs ou techniciens, habilités à cet effet par l'Autorité de sûreté nucléaire, parmi les agents en relevant. Dans tous les cas, pour les mines et carrières, les aménagements hydroélectriques ou les installations nucléaires, ces missions sont exercées sous l'autorité du ministre chargé du travail.

2. Les activités de défense nationale

Le second domaine d'exclusion concerne les activités de défense nationale. Il se distingue notablement en ce que les fonctionnaires y exercent leurs missions d'inspection du travail sous l'autorité du ministre chargé de la défense et pas sous celle du ministre chargé du travail. Pour les établissements placés sous l'autorité du ministre de la défense et

⁹⁴ Article R.8111-8 du Code du travail

⁹⁵ Article R.8111-10 du Code du travail

⁹⁶ Au sens du III de l'article 28 de la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire

dont l'accès est réglementé et surveillé en permanence, les missions d'inspection du travail sont exercées, sous l'autorité du ministre de la défense, par les agents civils et militaires qu'il désigne⁹⁷.

Le même régime est appliqué pour les carrières dépendant du ministère de la défense. Ces dernières sont en principe contrôlées par des agents habilités à cet effet par les directeurs de l'environnement et placés sous l'autorité du ministre chargé du travail. Les dispositions de l'article R.8111-8 du Code du travail ne s'appliquent pas aux carrières situées sur le domaine de l'Etat mis à la disposition du ministère de la défense. Pour ces dernières, les missions d'inspection du travail sont exercées par des agents habilités à cet effet par le ministre de la défense⁹⁸.

B. L'explication de l'existence de résidus de la fusion des services chargés de mission d'inspection du travail

La révision générale des politiques publiques initiée en 2007, devenue modernisation de l'action publique en 2012⁹⁹ a concerné aussi l'action de l'inspection du travail et, par rebond, le contrôle du licenciement du salarié protégé.

La révision générale des politiques publiques s'est manifestée par une fusion des services chargés de missions d'inspection du travail (1). Cette fusion n'a pu être totale, pour des raisons d'adaptation des agents inspecteurs à des environnements extrêmes et de protection du secret des activités de défense (2).

1. La fusion des services chargés des missions d'inspection du travail

La fusion des services de l'inspection du travail résulte d'un mouvement de fond catalysé par la révision générale des politiques. La décision du 12 décembre 2007 de fusionner ces services n'intervient pas à l'improviste. Elle avait été préparée par des événements comme la création, en 1975¹⁰⁰, d'un corps unique de l'inspection du travail,

⁹⁷ Article R.8111-12 du Code du travail

⁹⁸ Article R.8111-9 du Code du travail

⁹⁹ Le premier ministre, M. Jean-Marc Ayrault, a organisé à ce titre un séminaire gouvernemental le 1^{er} octobre 2012. On a pu y observer le glissement lexical, de « révision générale des politiques publiques » à « modernisation de l'action publique »

¹⁰⁰ Décret n°75-273 du 21 avril 1975 portant statut particulier de l'inspection du travail

proposée par le rapport Jouvin¹⁰¹. Il y avait aussi eu, 15 années avant la révision générale des politiques publiques, un rapport sur les modalités d'une fusion¹⁰². Ce document sur l'unification des services de l'inspection du travail avait été rédigé par Monsieur Serge Dael, à l'époque maître des requêtes au Conseil d'Etat. Le thème de la fusion était enfin apparu dans un rapport Jean Bessière¹⁰³, et des expérimentations de rapprochement des services avaient été entreprises¹⁰⁴.

Depuis le 1^{er} janvier 2009¹⁰⁵, la direction générale du Travail est l'autorité centrale unique de l'inspection du travail. Cette rationalisation poursuit un triple objectif : offrir aux usagers un seul interlocuteur (« guichet unique ») pour plus de lisibilité, rationaliser l'action de l'Etat pour effectuer des économies d'échelle, et faciliter la gestion des missions d'inspection. Les trois inspections du travail dépendant respectivement des ministères chargés du travail, des transports et de l'agriculture sont fusionnées dans une inspection du travail unique. Les fonctionnaires concernés par cette fusion sont placés sous l'autorité du Ministre du travail¹⁰⁶.

2. L'impossibilité de rattacher certaines missions d'inspection du travail au droit commun

Certains fonctionnaires investis de missions d'inspection du travail doivent agir

¹⁰¹ T. KAPP, P. RAMACKERS, J.-P. TERRIER, Le système d'inspection du travail en France (2^e édition), 2012, Editions liaisons, p. 221

¹⁰² S. DAEL, Rapport sur l'unification des services d'inspection du travail, juillet 1993, bibliothèque Institut National du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle et liaisons sociales documents, n°44-93, 6 mai 1993

¹⁰³ J. BESSIERE, L'inspection du travail, rapport remis au Ministre délégué aux relations de travail, 2005, La documentation française
(<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000048/0000.pdf>)

¹⁰⁴ Arrêté du 11 mai 2006 portant création de deux services agricoles ; note de services Micapcor – DGFAR du 28 avril 2006 sur l'expérimentation d'un rapprochement entre les services : circulaire du Premier ministre du 2 janvier 2006

¹⁰⁵ Décret n° 2008-1503 du 30 décembre 2008 relatif à la fusion des services d'inspection du travail, article 14 : « Les dispositions du présent décret entrent en vigueur le 1er janvier 2009 »

¹⁰⁶ Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social (14 décembre 2009), dossier consacré à la fusion de l'inspection du travail
(<http://travail-emploi.gouv.fr/espaces,770/travail,771/dossiers,156/travail,309/l-inspection-du-travail,1532/qu-est-ce-que-l-inspection-du-travail,1533/fusion-de-l-inspection-du-travail,10212.html#services>)

dans des conditions très particulières : l'inspection du travail implique alors d'entrer dans des mines, des carrières, des centrales hydroélectriques ou des centrales nucléaires. Ces fonctionnaires sont nécessairement formés au préalable. Il en va de leur intégrité physique et de celle des travailleurs présents sur le site. Aussi, une connaissance des conditions de travail habituellement observées dans ces emplois est nécessaire, pour évaluer le respect des normes de sécurité par exemple. Il est vrai que les conditions particulières de ces métiers n'affectent nullement le contrôle du licenciement du salarié protégé (qui ne se déroule que très peu sur place). Toutefois, il est plus cohérent de le confier aux fonctionnaires chargés de l'inspection du travail dans ces lieux singuliers plutôt qu'à l'inspection du travail de droit commun. Dans les centrales nucléaires, l'autorité de sûreté nucléaire est compétente pour contrôler les conditions de travail ainsi que pour enquêter et instruire les affaires de licenciements de salariés protégés¹⁰⁷.

Dans le domaine militaire, il est aussi compréhensible que les missions d'inspection du travail incombent à des fonctionnaires placés sous l'autorité du Ministre de la défense. Plusieurs arguments plaident pour le maintien, malgré la volonté de fusion d'un tel morcellement.

Dans ce domaine, les enquêtes sur un licenciement de salarié protégé pourraient appeler à recueillir des éléments concernant la sécurité nationale. Ces enquêtes doivent être supervisées par des contractuels soumis à des obligations de secret supérieures à la simple discrétion professionnelle¹⁰⁸ dont doit faire preuve chaque fonctionnaire respectueux du statut général de la fonction publique. Les agents en milieu militaire disposent d'une autorisation préalable pour connaître des documents « confidentiel défense », « secret défense » ou « très secret défense »¹⁰⁹. Il doit en aller de même pour ceux qui contrôlent

¹⁰⁷ Loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire

¹⁰⁸ Loi n° 83.634 du 13 juillet 1983, article 26 : « Les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. En dehors des cas expressément prévus par la réglementation en vigueur, notamment en matière de liberté d'accès aux documents administratifs, les fonctionnaires ne peuvent être déliés de cette obligation de discrétion professionnelle que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent »

¹⁰⁹ Décret n° 81-514 du 12 mai 1981 relatif à l'organisation de la protection des secrets et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'état, article 7 : « Nul n'est qualifié pour connaître des informations protégées s'il n'a reçu une autorisation préalable et s'il n'a été reconnu comme ayant besoin de les connaître pour l'accomplissement de sa fonction ou de sa mission. Les décisions d'admission sont prises

ces contractuels.

Les activités militaires se déroulent également dans des conditions sans équivalents ; on ne peut y mener des missions d'inspection du travail sans formation spécifique. Sans cela, le contrôle des conditions de travail risquerait de perdre en efficacité, et la sécurité des contrôleurs ainsi que celle des agents contrôlés seraient mises en danger.

II. LA COMPETENCE DE L'INSPECTION DU TRAVAIL ETABLIE MEME POUR LES CAS LIMITES

La compétence de l'inspection du travail doit être la plus étendue possible pour que le contrôle des licenciements de salariés protégés soit complet. Ainsi, les salariés mandants pourront maximiser leurs chances d'être protégés. Conscients de cette relation de cause à effets, les pouvoirs publics déclarent l'inspection du travail compétente autant que possible. Cette volonté se traduit par une propension à se jouer des frontières floues¹¹⁰ : dans le doute d'une situation intermédiaire, l'inspection du travail est déclarée compétente.

Cette marche vers l'extension maximale de la compétence de l'inspection du travail se vérifie sur deux fronts. Les frontières floues entre public et privé (§1) ou entre national et étranger (§2) sont tenues pour inexistantes.

§1. LES FRONTIERES FLOUES ENTRE PUBLIC ET PRIVE TENUES POUR INEXISTANTES

Le statut de salarié protégé ne peut être accordé à des fonctionnaires : ils ne sont, en effet, pas salariés. L'inspection du travail n'est pas compétente pour connaître de leur éviction de la liste des cadres. Cette règle primaire pose problème lorsqu'il existe une incertitude sur le statut de l'agent. Certains statuts ne sont pas clairement rattachés à une des deux catégories. Salarié ou fonctionnaire ? La question pose de sérieuses difficultés au

par le Premier ministre pour les informations très secret-défense et par chaque ministre pour les informations secret-défense et confidentiel-défense »

¹¹⁰ Concept philosophique utilisé pour expliquer la violation du principe de bivalence en logique. Nous l'utilisons ici au sujet de catégories binaires (public/privé ; national/étranger), pour évoquer les états intermédiaires entre deux catégories. Cf. P. LUDWIG, Concept vagues et frontières floues, *in* Pour la Science n°50 (décembre 2006).

juge qui fait face à un fonctionnaire titulaire d'un mandat représentatif détaché dans une entreprise ou un organisme de droit privé.

En cas d'incertitude, le législateur et le juge optent pour la protection maximale de la liberté syndicale. Le nœud gordien est fréquemment tranché dans le sens d'une reconnaissance de la compétence de l'inspection du travail, afin de maximiser la protection des titulaires d'un mandat représentatif. Le statut protecteur est alors appliqué au sein de structures quasi-publiques (A) ou à des agents dont le statut de salarié n'est pas évident (B).

A. L'application du statut protecteur au sein de structures quasi-publiques

La question de la nature publique ou privée des acteurs du service public a atteint un niveau de difficulté suffisant pour qu'elle soit envisagée avec prudence¹¹¹. Cette incertitude se répercute sur la détermination de la compétence de l'inspection du travail : l'inspecteur qui agit dans un tel contexte doit savoir s'il fait face à des salariés, avant de les reconnaître éligibles à une éventuelle protection. Le législateur et le juge s'emploient à lui faciliter la tâche, et détaillent les règles de compétence au sein des structures quasi-publiques.

Ces règles sont destinées aux organes qui dépassent la bivalence public/privé : sociétés anonymes à participation d'Etat (1), établissements publics intervenant dans le domaine industriel et commercial ou dotés d'un personnel de droit privé (2), ou encore groupements d'intérêt public (3).

1. Les sociétés anonymes à participation d'Etat

Les entreprises publiques peuvent être, au sens de la loi du 26 juillet 1983¹¹², des « diverses sociétés commerciales de droit privé et leurs filiales dans lesquelles l'Etat ou les établissements publics précités détiennent, directement ou indirectement, la majorité du

¹¹¹ Par exemple, il a fallu 18 années pour attendre d'être certain de la nature juridique des groupements d'intérêt public. Ces derniers ont été créés par l'article 21 de la loi du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique et l'arrêt du Tribunal des conflits a affirmé leur nature privée par un arrêt du 14 février 2000 (TC, Groupement d'intérêt public « habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans abris » c. Mme Verdier, rec. 748).

¹¹² Loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public

capital social »¹¹³. « Elles transcendent en quelque sorte les distinctions fondées sur la nature des organes »¹¹⁴.

Le statut des agents des entreprises publiques peut prêter à confusion, Le pouvoir normatif est également amené à souligner le statut protecteur des salariés de droit privé titulaires d'un mandat représentatif, lorsque leur employeur est une société anonyme dont les parts sont majoritairement détenues par l'Etat. Un décret du 31 mai 2011¹¹⁵ rappelle que le licenciement d'un salarié de La Poste représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ne peut intervenir qu'après autorisation de l'inspecteur du travail. Cette autorisation est également requise pour le salarié ayant siégé en qualité de représentant du personnel dans ce comité pendant les six premiers mois suivant l'expiration de son mandat ou la disparition du comité.

Enfin, certaines sociétés anonymes ne sont pas des entreprises publiques du fait d'une participation non majoritaire de l'Etat. Leur histoire leur lègue parfois un personnel fait de salariés et de fonctionnaires. France Télécom, détenue à 26.94% par l'Etat¹¹⁶, connaît cette dualité parmi ses agents : certains sont fonctionnaires titulaires, d'autres sont liés par un contrat. Pour ces derniers, le licenciement est soumis au droit commun¹¹⁷. Au contraire, il n'y a pas de raison d'appliquer cette protection au fonctionnaire titulaire d'un mandat représentatif¹¹⁸.

2. Les établissements publics

Le champ des entreprises publiques recoupe aussi les personnes morales de droit public autonome qui interviennent dans le secteur industriel et commercial (établissement publics industriels et commerciaux, établissement publics administratifs gérant un service public industriel et commercial quand la majorité du personnel est de droit privé)¹¹⁹.

¹¹³ P.-L. FRIER, J. PETIT, Précis de droit administratif (6^e édition), 2010, Montchrestien, pp. 216-217

¹¹⁴ Idem, p. 217

¹¹⁵ Décret n° 2011-619 du 31 mai 2011 relatif à la santé et à la sécurité au travail à La Poste, article 21

¹¹⁶ Rapport financier annuel de France Télécom 2012 transmis à l'autorité des marchés financiers

¹¹⁷ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 4

¹¹⁸ CE, 24 février 2011, Laupretre n°335126 : « il ne résulte d'aucun principe général ni d'aucune disposition du code du travail que la mutation d'un fonctionnaire de France Télécom investi d'un mandat représentatif doive être soumise à une autorisation de l'inspecteur du travail ou précédée de l'avis du comité d'entreprise »

¹¹⁹ P.-L. FRIER, J. PETIT, Précis de droit administratif (6^e édition), 2010, Montchrestien, pp. 216-217

Il n'est pas évident d'appliquer la protection due au statut de salarié mandaté dans les établissements publics industriels et commerciaux. Le juge y est amené à sanctionner le non-respect de la procédure administrative lors du licenciement d'un salarié protégé. La mise à la retraite d'un salarié protégé d'un établissement public sans observer la procédure protectrice est analysée comme un licenciement nul. La Cour de cassation a dû le rappeler pour les établissements publics industriels et commerciaux que sont la SNCF¹²⁰ et l'EDF¹²¹. Ce non-respect de la compétence de l'inspection du travail donne droit à indemnité pour le salarié.

Les établissements publics administratifs emploient quelquefois des salariés de droit privé. Ces derniers bénéficient de la protection offerte au salarié titulaire d'une fonction représentative. Le statut législatif de Pôle emploi¹²² comporte une disposition codifiée à l'article L.5312-9 du Code du travail selon laquelle « les règles relatives aux relations collectives de travail prévues par la deuxième partie du présent code s'appliquent à tous les agents de l'institution, sous réserve des garanties justifiées par la situation particulière de ceux qui restent contractuels de droit public ». A Pôle emploi, les agents contractuels de droit privé peuvent être des salariés protégés.

La même protection est proposée aux agents de droit privé des Agences régionales de santé. Le Code de la santé prévoit que les membres des comités d'agence, des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, les membres du comité national de concertation, les délégués du personnel, les délégués syndicaux et les représentants des sections syndicales bénéficient des garanties prévues par leurs statuts respectifs et, pour ce qui concerne les salariés placés sous le régime des conventions collectives, de la protection prévue par le livre IV de la deuxième partie du Code du travail¹²³.

3. Les groupements d'intérêt public

Les groupements d'intérêt public sont des formules de coopération entre des

¹²⁰ Cass. Soc., 21 janvier 2001, n°99-41824, Bull. Civ. V n°20, Anstett : « Attendu, cependant, d'une part, que la mise à la retraite d'un salarié protégé doit être autorisée par l'inspecteur du travail et qu'à défaut, la rupture du contrat de travail s'analyse en un licenciement nul » ; Cass. Soc., 9 avril 2005, n°03-43629, Bull. civ. V n°125, Maurier

¹²¹ Cass. Soc., 12 juillet 2006, n° 06-48351

¹²² Loi n° 2008-126 du 13 février 2008 relative à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi

¹²³ Article L.1432-11 du Code du travail

personnes morales de droit public et des personnes morales de droit privé. Ils sont prévus par la loi et constitués par une convention validée par l'autorité administrative. Le Conseil d'Etat a jugé dans un arrêt précité de 2000¹²⁴ que les groupements d'intérêt public sont des personnes publiques. Elles sont pour autant capables d'employer des salariés titulaires de mandats représentatifs.

Une loi de 2011¹²⁵ de simplification du droit a exigé de la convention constitutive du Groupement d'intérêt public de déclarer quelles étaient les conditions d'emploi des personnels du groupement et le régime des relations du travail qui leur sont applicables. Cette règle impose de déclarer si les agents sont des salariés et s'ils peuvent donc être des salariés protégés. La loi devait être prolongée par un décret d'application. C'est chose faite depuis un décret du 26 janvier 2012¹²⁶. Son article 4 précise que la convention constitutive mentionne « le régime, de droit public ou de droit privé, applicable aux personnels propres du groupement d'intérêt public ». Et selon l'article 14 dudit décret, la mise en conformité des conventions constitutives doit intervenir avant le 16 mai 2013. A partir de ces dates, les inspecteurs du travail pourront se référer à la convention constitutive du groupement d'intérêt public, afin de savoir s'ils sont compétents pour connaître de l'éviction d'un agent chargé d'une mission représentative.

B. L'application du statut protecteur à des fonctionnaires

Certains fonctionnaires sont susceptibles d'être protégés par le titre IV du Code du travail. Ils peuvent être soumis aux règles de droit privé lorsqu'ils sont en disponibilité (a) ou en détachement (b).

1. Le fonctionnaire en disponibilité, salarié protégé en puissance

Aux termes de la loi du 11 janvier 1984, « la disponibilité est la position du fonctionnaire qui, placé hors de son administration ou service d'origine, cesse de

¹²⁴ TC, 14 février 2000, Groupement d'intérêt public « habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abris » c. Mme Verdier, Rec. 748 (AJ 2000.465, chr. Guyomar et Collin ; JCP 2000.II.10301, note Eveno ; AJFP juillet-août 2000.13 comm. Mkhantar ; LPA 4 janv. 2001, note Gégout et 24 juill. 2001, note Demaye ; RTD com. 2000.602, obs. Orsoni).

¹²⁵ Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit – Chapitre II : dispositions relatives au statut des groupements d'intérêt public – Article 99

¹²⁶ Décret n°2012-91 du 26 janvier 2012

bénéficiaire, dans cette position, de ses droits à l'avancement et à la retraite »¹²⁷. Le fonctionnaire en disponibilité est parfois engagé par un contrat de droit privé avec une personne privée.

Or, le fonctionnaire ou l'agent public mis en disponibilité est, dans ses rapports avec l'organisme de droit privé au sein duquel il exerce son activité, régi par les dispositions générales applicables au contrat de travail¹²⁸. Ces dispositions générales incluent la protection destinée aux salariés exposés du fait de leur mandat représentatif. Elles fondent alors la compétence de l'inspection du travail pour instruire le licenciement d'un tel fonctionnaire en disponibilité.

2. Du fonctionnaire en détachement au salarié protégé

Le détachement est « la situation du fonctionnaire qui se trouve placé dans un corps ou cadre d'emplois différent de son corps ou cadre d'emplois d'origine. Le fonctionnaire exerce ses fonctions et est rémunéré selon les règles applicables dans son corps ou cadre d'emplois d'accueil. Le détachement intervient à la demande du fonctionnaire, généralement dans le cadre d'une mobilité, ou à l'initiative de l'administration »¹²⁹.

Le détachement peut avoir lieu dans une structure privée chargée d'une mission de service public. Là encore, se pose la question de la nature du lien de droit entre le fonctionnaire et la personne morale de droit privé. Est-ce un contrat soumis aux règles du droit privé ? Ou le fonctionnaire jouit-il toujours de son statut, si bien qu'il reste soumis au droit public ?

Les juridictions administratives et judiciaires donnent des réponses convergentes à cette question. Elles concluent toutes deux que le fonctionnaire détaché dans un organisme de droit privé est soumis aux règles du droit privé. S'il est titulaire d'un mandat représentatif, il peut invoquer le statut de salarié protégé. Par exemple, les fonctionnaires ayant accepté le contrat de travail de la société GIAT industries, société nationale de droit privé, sont soumis aux règles régissant la fonction qu'ils exercent par l'effet de leur

¹²⁷ Article 51 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat

¹²⁸ Cass. Soc., 23 septembre 2009, Société Onyx Est contre Michel, req. n°08-40406, Bull. Civ. V n° 193

¹²⁹ Définition du détachement par la Direction légale de l'information administrative (<http://vosdroits.service-public.fr/F543.xhtml>), elle-même inspirée des articles 13 et 13bis de la Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires

détachement. Ils sont liés à leur employeur par un contrat de travail de droit privé et sont régis par le Code du travail¹³⁰. La fin du détachement avant son terme sur demande de l'organisme de droit privé à l'autorité administrative est considérée comme un licenciement¹³¹. Ces jurisprudences n'ont rien de novateur : elles ne font qu'entériner ce qui a été affirmé à de nombreuses reprises¹³².

Une précision doit être abordée ici sur le renouvellement du détachement. Le détachement peut arriver à son terme et ne pas être renouvelé. Le cas échéant, le non-renouvellement n'est pas analysé en un licenciement. Cette règle souffre une exception. Elle intervient quand l'employeur privé s'est opposé au renouvellement du détachement. A cette condition précise, le non-renouvellement équivaut à un licenciement : « doit être cassé en conséquence l'arrêt qui déclare illicite la rupture du contrat d'un fonctionnaire détaché à l'expiration normale de son détachement au seul motif que ce fonctionnaire avait la qualité de délégué syndical au sein de l'entreprise privée, sans constater que le non-renouvellement était le fait de l'employeur privé »¹³³.

§2. LES FRONTIERES FLOUES ENTRE NATIONAL ET ETRANGER TENUES POUR INEXISTANTES

Un salarié employé par une entreprise étrangère sur le territoire français peut-il jouir du statut protecteur offert par le livre IV du Code du travail ? La réponse est positive. Tout employeur en France est soumis aux règles relatives aux relations individuelles de travail, y compris celles imposant le respect d'une procédure particulière pour le licenciement du salarié protégé. La circonstance qu'une entreprise ait son siège social à l'étranger¹³⁴, ou ne dispose d'aucune implantation sur le territoire français¹³⁵, ne saurait la

¹³⁰ CE, 9 octobre 2002, Société GIAT industries, req. n°233596

¹³¹ Cass., soc., 27 juin 2000, Fraysse contre Association pour l'éducation et l'insertion des handicapés, req. n°97-43536 ; Cass. Soc., 19 juin 2007, Société Dexia crédit local contre Buval et autres, req. n° 05-44814

¹³² TC, 24 TC, 24 juin 1996, Préfet du Lot et Garonne, req. n°03031 ; pour la juridiction judiciaire : Cass. ass. plén., 20 déc. 1996, Rey-Herme c./ Alliance française, req. n°92-40641, Bull AP n°5 ; Cass. soc., 5 mars 1997, Association Notre-Dame de bon secours c./ Bouille, req. n°96-60041, Bull. Civ. V n°99

¹³³ Cass. Soc., 23 septembre 2009, Société Onyx Est contre Michel, req. n°08-40406

¹³⁴ CE, Ass., 29 juin 1973, Syndicat général du personnel de la Compagnie des wagons-lits, req. n°77982

faire échapper à l'application de cette législation.

Une solution identique est employée pour les salariés recrutés par un contrat de travail étranger. Ainsi, une hôtesse de l'air liée par un contrat de droit ivoirien et mandatée au sein d'un comité d'établissement jouit des garanties du livre IV¹³⁶. Cet arrêt témoigne de la volonté du juge d'étendre la protection autant que possible.

¹³⁵ Cass. Soc., 14 février 2001, Campana et autres c. Société Agio Sigarenfabrieken, req. n°99-60355, Bull. Civ. V n°55

¹³⁶ Cass., Ass. Plèn., 10 juillet 1992, Compagnie Air Afrique, req. n°88-40672

SECTION II. LA COMPETENCE TERRITORIALE DE L'INSPECTION DU TRAVAIL

Le premier stade du contrôle du licenciement du salarié protégé est la demande d'autorisation à l'administration. L'employeur se demande alors quelle adresse écrire sur l'enveloppe contenant cette requête. A qui envoyer cette requête ? S'il sait que l'inspection du travail instruit les demandes, il ignore peut-être quel échelon territorial est compétent.

Une erreur n'emporterait pas de conséquences immédiatement négatives pour les parties. L'envoi de la demande à une mauvaise adresse entraîne d'abord une obligation pour l'administration, qui doit transmettre la demande à l'autorité compétente¹³⁷. Toutefois, une telle bévue peut allonger la procédure, voire la tenir en échec en cas de recours gracieux¹³⁸. Cette incertitude nuit aux intérêts de toutes les parties en présence.

Une fois l'inspecteur compétent identifié, celui-ci doit agir avec impartialité objective. Or, les règles de compétence ne fournissent pas cette garantie. L'enquête et la décision de l'autorisation de licencier sont attribuées à un inspecteur géographiquement proche de l'entreprise. L'inspecteur compétent est celui qui contrôle au quotidien l'entreprise, a eu des contacts répétés avec les salariés protégés et l'employeur. Il peut être suspecté de connivences avec l'une ou l'autre partie.

Il y a donc des réels enjeux dans la détermination de la compétence territoriale de l'inspecteur du travail. L'inspection du travail est présente en tout point du territoire, avec de nombreuses subdivisions, ce qui multiplie les possibilités d'erreurs et complexifie les règles d'affectation territoriale. Il en résulte un système difficilement lisible, voire hostile à l'administré (I). Aussi, les règles de compétence territoriale ne garantissent pas l'impartialité objective de l'inspection du travail (II).

I. L'ILLISIBILITE DES REGLES DE COMPETENCE TERRITORIALE

Le pays est partagé en unités territoriales, suivant un maillage complexe (§1). A cela s'ajoutent des règles juridiques abscones qui ne facilitent pas la compréhension de la détermination de l'inspecteur du travail territorialement compétent (§2).

¹³⁷ Loi n°2000-321 du 12 avril 2000, article 20

¹³⁸ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 121 : « dès lors que l'inspecteur du travail constate son incompétence après avoir pris sa décision, il devra procéder au retrait de celle-ci ».

§1. L'ORGANISATION D'UN SYSTEME COMPLEXE

La structure territoriale de l'inspection du travail prête à confusion. Pour s'en convaincre, constatons que l'échelon décisionnel de l'inspection a évolué (A), alors que l'échelon opérationnel est resté le même (B).

A. Le changement des échelons organisationnels

Depuis sa création, l'organisation territoriale de l'inspection du travail a évolué. Elle est passée d'une structure centrée sur l'action départementale (1) à une inspection régionalisée (2).

1. Le choix originel de l'échelon départemental

On ne peut pas parler d'inspection du travail avant 1892. Il n'y a, en effet, pas d'inspection digne de ce nom auparavant. La loi du 19 mai 1874 n'utilise pas le terme « inspection du travail ». Surtout, elle est « confiée à des notables locaux, élus, industriels, ecclésiastiques, ingénieurs des mines, peu enclins à témoigner de la rigueur nécessaire »¹³⁹.

Les grands débuts de l'inspection du travail viennent plus tard, avec la loi du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants, des filles et de femmes dans les établissements industriels. L'article 18 de cette loi prévoit que « les inspecteurs du travail sont nommés par le Ministre du commerce et de l'industrie. Ce service comprendra : 1° Des inspecteurs divisionnaires ; 2° Des inspecteurs ou inspectrices départementaux. Un décret, rendu après avis du Comité des arts et manufactures et de la Commission supérieure du travail ci-dessous instituée, déterminera les départements dans lesquels il y aura lieu de créer des inspecteurs départementaux. Il fixera le nombre, le traitement et les frais de tournée de ces inspecteurs. ».

L'option d'une organisation de l'inspection du travail autour du département est clairement choisie. Elle n'est pas remise en question lors des grandes dates de l'histoire de ce corps. Le décret du 25 octobre 1906 créant le ministère du travail et de la prévoyance ne

¹³⁹ Cité par T. KAPP, P. RAMACKERS, J.-P. TERRIER, *Le système d'inspection du travail en France* (2^e édition), 2012, Editions liaisons, p. 221. Voir aussi : débats parlementaires consacrés à la préparation de la loi du 2 novembre 1892 et publiés intégralement dans le Bulletin de l'inspection du travail : L. BOUQUET, *Synthèse de l'Histoire de l'inspection du travail*, in *Bulletin de l'inspection du travail de 1895*, p. 91

fait qu'instaurer un échelon central, et n'affecte pas l'organisation départementale. Cette organisation n'est pas non plus touchée lors des grands moments que sont la création de l'Organisation Internationale du Travail en 1919 dans le sillage du traité de Versailles et l'adoption de la Convention de l'OIT de 1947, laquelle oblige d'organiser une inspection du travail¹⁴⁰.

2. La régionalisation de l'organisation de l'inspection du travail

Il faut attendre le décret du 10 novembre 2009¹⁴¹ pour voir un changement de circonscription de pilotage de l'action de l'inspection du travail. La création des directions régionales de l'entreprise, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (direccte) fait de la région le niveau de droit commun de direction des politiques étatiques sur le territoire français.

La direccte regroupe d'anciens services autonomes, dont les anciennes directions départementales du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (DDTEFP)¹⁴². Les missions relatives au contrôle du licenciement des salariés protégés sont traitées dans un des nouveaux pôles de la direccte : le pôle « politique du travail ». Ce pôle est supervisé par le directeur régional du travail, qui d'après l'article R.8122-1 du Code du travail, traite de nombreuses politiques en lien avec notre sujet :

« 1° Met en œuvre au plan régional la politique définie par les pouvoirs publics afin d'améliorer les relations collectives et individuelles et les conditions de travail dans les entreprises ;

2°) Définit les orientations générales des actions d'inspection de la législation du travail, qu'il organise, coordonne, suit et évalue ;

3°) Coordonne l'action de ses services avec les autres services de l'Etat et les organismes chargés de la prévention ou du contrôle, en matière d'inspection de la législation du travail, de prévention des risques professionnels et d'amélioration des conditions de travail. A ce titre, il est tenu informé par l'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail de ses interventions dans la région ;

¹⁴⁰ Convention n°81 du 11 juillet 1947

¹⁴¹ Décret n° 2009-1377 du 10 novembre 2009 relatif à l'organisation et aux missions des directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi

¹⁴² T. KAPP, P. RAMACKERS, J.-P. TERRIER, Le système d'inspection du travail en France (2^e édition), 2012, Editions liaisons, p. 238

4°) Assure le suivi de la négociation collective dans les entreprises et au niveau territorial ;

5°) Est chargé des relations avec les autorités judiciaires, sous réserve des attributions confiées par la loi aux inspecteurs du travail ;

6°) Exerce les pouvoirs propres qui lui sont conférés par les dispositions en vigueur ou sur le fondement de telles dispositions ».

L'évaluation, par l'Inspection générale des finances¹⁴³, de la mise en place de la direccte est très positive. On pourra se distancier un peu plus tard de ce diagnostic, au moins au sujet de l'immixtion dans le licenciement des salariés protégés.

B. La permanence des échelons opérationnels

Les échelons de pilotage ont changé, passant du département à la région. Toutefois, l'échelon opérationnel est resté identique : c'est l'éternelle section, qui est un morcellement du département (1). La fixité de cet échelon est garantie. Il est en effet très difficile pour un inspecteur du travail de déléguer sa compétence à un autre inspecteur du travail (2).

1. La section, échelon opérationnel immarcescible

La section d'inspection est l'échelon opérationnel du contrôle. Comme le dispose le Code du travail : « la section d'inspection du travail est l'échelon territorial d'intervention dans l'entreprise »¹⁴⁴. Elle se situe à un niveau départemental, un peu plus restreint que la circonscription administrative de l'arrondissement.

Il y a 101 départements en France et en outre-mer, pour 758 sections, ce qui fait *grosso modo* 7,5 sections par département¹⁴⁵. La variance du nombre de sections par département est élevée. Alors que 12 départements ne disposent que d'une unique section, certains départements comprennent un nombre important de sections. Le département de Paris est le plus sectionné (39 sections), suivi des Hauts de Seine (22 sections), du Rhône

¹⁴³ Inspection générale des finances, Evaluation de la mise en place des direccte, février 2012

¹⁴⁴ Article R.8122-3 du Code du travail

¹⁴⁵ Rapport au BIT, L'inspection du travail en France en 2010, 2011, La documentation française (<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/124000007/0000.pdf>)

(16 sections) et du Nord (20 sections)¹⁴⁶. Ces disparités sont expliquées par l'inégale répartition de la population sur le territoire¹⁴⁷. Plus la densité démographique est importante, plus le nombre de sections est élevé, afin de stabiliser la quantité de personnes contrôlées par inspecteur.

La section existe depuis l'origine, et a pu demeurer inchangée. L'article 18 de la loi du 2 novembre 1892 instaurait soit un inspecteur par département, soit un partage des départements en inspecteurs divisionnaire. Il y avait là les bases d'une division territoriale vouée à être infra-départementale. Alors que la logique actuelle est le passage à la régionalisation, cet attachement à une compétence très restreinte peut induire l'administré en erreur.

2. La difficile délégation de compétence d'un inspecteur du travail à un autre inspecteur du travail

La direction générale du travail a détaillé en 2010 les règles de délégations de signature de l'inspection du travail¹⁴⁸. Elles déterminent un cadre rigide, où il est ardu pour un inspecteur du travail de déléguer sa compétence à un autre inspecteur du travail. Cette difficulté de délégation cristallise la section comme échelon opérationnel. En effet, un cadre de délégation souple aurait étendu la compétence des inspecteurs du travail, en les incitant à travailler au-delà de leur périmètre.

La demande de délégation doit être publiée au recueil des actes administratifs¹⁴⁹ et préciser le nom du délégant et le nom du délégataire. Elle est adressée au directeur de la direccte, qui est le personnage clé des politiques étatiques de l'inspection du travail dans le département. Son importance hiérarchique signifie que cette demande est exceptionnelle, qu'elle ne doit pas être prise à la légère. Le juge est le gardien vigilant de la régularité des délégations de compétence.

Un inspecteur du travail ne peut assurer l'intérim de l'inspecteur du travail

¹⁴⁶ T. KAPP, P. RAMACKERS, J.-P. TERRIER, *Le système d'inspection du travail en France* (2^e édition), 2012, Editions liaisons, p. 250

¹⁴⁷ Cette répartition inégale est constatée depuis un certain temps, cf. J.F GRAVIER, *Paris et le désert français*, 1947, Flammarion

¹⁴⁸ Note DGT/SAT/DASC du 12 mars 2010 relative aux délégations de signature dans le domaine des actions d'inspection de la législation du travail et à l'organisation de l'intérim des inspecteurs du travail.

¹⁴⁹ CE, 21 décembre 2001, Préfet de Seine-Maritime, req. n°224363

territorialement compétent pour statuer sur une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé que s'il a été désigné à cette fin par une décision du directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle. Il s'ensuit que la validation, par le directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, du tableau des congés annuels de l'inspecteur du travail territorialement compétent pour statuer sur une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé, tableau qui ne précisait pas le nom de l'inspecteur chargé d'assurer son intérim, suffisait à désigner l'un de ses collègues pour assurer son intérim, est irrégulière¹⁵⁰.

§2. LA LIAISON DE LA DEMANDE A UN INSPECTEUR DU TRAVAIL TERRITORIALEMENT COMPETENT

L'organisation territoriale de l'inspection du travail étant définie, il faut maintenant étudier comment les demandes des employeurs sont liées à ce système. Les règles d'affectation d'une affaire à une section d'inspection ne sont pas aisées à appliquer. Elles font l'objet de multiples précisions jurisprudentielles.

Ce raffinement vient d'un excès de généralité de la loi, qui a retenu un critère de d'affectation trop large (A). Le juge est contraint à un exercice intellectuel complexe pour adapter les cas particuliers au cadre normatif (B).

A. Le critère (trop) général de la localisation de l'établissement

Les règles fixant le critère de la localisation de l'établissement (1) s'appliquent plutôt bien au cas général (2)

1. Les normes fixant le critère de la localisation de l'établissement

Le critère du Code du travail est celui de la localisation de l'établissement. Au sujet des délégués du personnel, des membres élus du comité d'entreprise titulaire ou suppléant, des représentants syndicaux au comité d'entreprise ou des représentants des salariés au comité d'hygiène de sécurité et des conditions, la demande d'autorisation de licenciement

¹⁵⁰ CE, 22 octobre 2008, Barbier, n°294958

est adressée à l'inspecteur du travail dont dépend l'établissement dans lequel le salarié est employé¹⁵¹.

La même formule est utilisée pour les membres du groupe spécial de négociation du comité d'entreprise européen, les membres du groupe spécial de négociation du comité de la société européenne, les membres du groupe spécial de négociation du comité de la société coopérative européenne, les membres du groupe spécial de négociation du comité issu de la fusion transfrontalière, les membres d'une commission paritaire d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en agriculture prévue à l'article L.717-7 du Code rural et de la pêche maritime et les représentants du personnel d'une entreprise extérieure, désignés au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail d'un établissement comprenant au moins une installation classée figurant sur la liste prévue au IV de l'article L.515-8 du Code de l'environnement ou mentionnée à l'article L.211-2 du Code minier¹⁵².

Cette règle de liaison de la section à l'établissement dans lequel le salarié est employé a aussi cours pour les délégués syndicaux, les salariés mandatés et les conseillers du salarié, les membres du conseil ou administrateurs de caisse de sécurité sociale ou de mutuelle, les représentants des salariés dans une chambre d'agriculture et les conseillers prud'homme¹⁵³.

Les occurrences multiples de cette règle témoignent de l'espoir que les pouvoirs publics plaçaient en elle. Ces derniers pensaient avoir trouvé une règle simple pour déterminer la compétence territoriale de l'inspection du travail. La suite nous prouvera que non.

2. L'application de cette règle générale aux cas généraux

Dans de nombreux cas, les licenciements de salariés protégés concernent des entreprises qui ont plusieurs établissements. Quel est alors le sens de la phrase « l'établissement dans lequel le salarié est employé » ? Est-ce son lieu habituel de travail, qui peut être une succursale, ou le lieu de la maison mère ou du siège social ?

Le juge a défini la notion d'établissement. Elle est automatiquement établie en présence d'un comité d'établissement. Si le salarié protégé travaille sur un site où existe un comité d'établissement, l'inspecteur du travail dont l'aire de compétence couvre le site sera

¹⁵¹ Article L.2421-3 du Code du travail

¹⁵² Article L.2421-4 du Code du travail

¹⁵³ Article L.2421-5 du Code du travail

compétent. Ce principe a été affirmé par un arrêt du Conseil d'Etat du 12 octobre 2006¹⁵⁴.

Un établissement s'était vu reconnaître le caractère d'établissement distinct par un accord passé entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, instituant un comité central d'entreprise. Dès lors qu'il n'avait pas perdu sa qualité d'établissement distinct institué dans les formes prévues par le quatrième alinéa de l'article L.435-4 du Code du travail, cet établissement, quelles que fussent ses modalités de gestion, ressortissait à la compétence de l'inspecteur du travail territorialement compétent au titre de son site d'implantation. Le ministre du travail estimait que l'établissement ne faisait plus l'objet d'une gestion autonome. Cette circonstance est sans importance pour le Conseil d'Etat, pour qui la présence d'un comité d'établissement localise systématiquement l'établissement.

S'il n'y a pas de comité d'établissement, le site peut toujours être considéré comme un établissement au sens du Code du travail s'il est géré de manière autonome¹⁵⁵. Cette autonomie s'apprécie à l'aune de plusieurs indices. L'adresse de l'émetteur de la lettre de licenciement est un indice à ne pas négliger. Si elle correspond avec celle du siège de l'entreprise, l'établissement de travail n'est pas considéré comme autonome¹⁵⁶. Aussi, l'autonomie s'apprécie au regard du pouvoir de gestion du directeur du site dans lequel l'employé travaille. Si ce directeur n'a pas compétence pour procéder au licenciement du personnel permanent, il est réputé subordonné et non autonome¹⁵⁷.

Si l'autonomie de gestion n'est pas établie, ou le lieu de travail du salarié n'a pas le caractère d'établissement, l'inspecteur du travail compétent est celui dont l'aire de contrôle couvre le siège social de l'entreprise.

B. L'application délicate des règles de compétence aux cas spécifiques

La loi fixant les règles de compétence territoriale de l'inspection du travail s'adapte mal aux cas particuliers. Elle appelle des clarifications jurisprudentielles pour les salariés itinérants (1) et ceux employés par une entreprise n'étant pas d'implantation en France (2).

¹⁵⁴ CE, 12 octobre 2006, Sidel Filling, n°287479

¹⁵⁵ CE, 2 février 1996, Suburbaine de canalisation et de grands travaux, n°133455

¹⁵⁶ CE, 2 février 1996, Suburbaine de canalisation et de grands travaux, n°133455

¹⁵⁷ CE, 11 janvier 1995, Comité mosellan de sauvegarde de l'enfance, n°129995

1. Le salarié itinérant

Le cadre réglementaire attribue la compétence à l'inspecteur dont dépend l'établissement dans lequel le salarié est employé¹⁵⁸. Comment faire si le salarié n'est jamais réellement présent dans un établissement unique ? Si, par exemple, son travail n'implique pas de se rendre dans un établissement (pensons à un voyageur, représentant et placier) ou s'il partage son temps de travail à peu près également entre plusieurs établissements.

La solution du juge est d'estimer que le salarié demeure attaché à l'établissement principalement fréquenté : c'est ce qui a été jugé pour le cas d'un salarié cumulant des fonctions dans deux départements¹⁵⁹. Si le salarié n'opère dans aucun lieu particulier, « l'inspecteur du travail compétent est celui qui contrôle l'établissement qui gère administrativement le salarié »¹⁶⁰.

2. Le salarié employé par une entreprise strictement basée à l'étranger

L'article L.2421-3 du Code du travail appréhende mal la situation d'un salarié qui est employé par une entreprise strictement basée à l'étranger, qui ne dispose d'aucune implantation en France. Sauf à imaginer des antennes de l'inspection du travail en-dehors du territoire national, on aurait du mal à appliquer la règle habituelle de compétence.

Le Conseil d'Etat s'est penché sur la question et lui a trouvé une solution¹⁶¹. Le juge était motivé par son attachement au principe de la protection du salarié exposé du fait de son mandat : « le licenciement de tout salarié protégé exerçant son activité en France doit faire l'objet d'une autorisation de l'inspecteur du travail ». Ce principe ne doit pas être mis en échec par « la circonstance qu'un employeur, ayant son siège social à l'étranger et employant des salariés sur le territoire français, ne dispose sur ce territoire d'aucune implantation matérielle permanente ». Elle « ne saurait avoir pour effet de priver les salariés protégés de la protection légale instituée en leur faveur ».

« En pareil cas, la demande d'autorisation de licenciement doit être adressée à

¹⁵⁸ Article L.2421-3 du Code du travail

¹⁵⁹ CE, 3 octobre 1994, Tournant, n°120749

¹⁶⁰ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 10

¹⁶¹ CE, 21 juillet 2009, Société Agio Sigarenfabrieken, n°314968

l'inspecteur du travail responsable de la section d'inspection à l'intérieur de laquelle se trouve le lieu principal d'activité de la personne disposant des prérogatives de l'employeur. Dans l'impossibilité de déterminer un tel lieu, il appartient au directeur général du travail de désigner l'inspecteur du travail chargé d'instruire la demande et de statuer sur cette dernière ».

Donc, si l'employeur du salarié protégé est basé à l'étranger et ne dispose pas d'implantation en France, il existe deux possibilités. Soit le salarié a un lieu principal d'activité, et l'inspecteur du travail compétent est celui dont la section comporte ce lieu. Soit le salarié n'a pas de lieu déterminé d'activité, auquel cas l'instruction du dossier revient à un inspecteur du travail arbitrairement délégué par le directeur général du travail. L'inadaptation des règles de compétence territoriale a poussé le juge à reconnaître, sans texte, de nouveaux pouvoirs au directeur général du travail.

II. LE PARTAGE TERRITORIAL SOURCE D'UN DEFICIT D'IMPARTIALITE

Le partage territorial aboutit à l'affirmation d'un principe d'unicité de l'enquêteur et du décideur (§1). Ce principe laisse peu de place à l'impartialité objective que l'on peut attendre de l'inspection du travail (§2)

§1. L’AFFIRMATION DU PRINCIPE D’UNICITE DE L’ENQUETEUR ET DU DECIDEUR

L'inspecteur du travail compétent pour instruire la demande d'autorisation de licenciement doit aussi répondre à cette demande. Ainsi est énoncé le principe d'unité de l'enquêteur et du décideur. Il procède des règles de compétence territoriale évoquées précédemment. L'inspecteur compétent sur une section ne peut charger un inspecteur d'une autre section de tout ou partie du processus de contrôle du licenciement.

On observe une affirmation du principe d'unité de l'enquêteur et du décideur dans un arrêt Mediapost de la Cour administrative d'appel de Nantes¹⁶². L'application des dispositions de l'article R.436-4 du code du travail (abrogé depuis) donne compétence, pour procéder à l'enquête contradictoire, au seul inspecteur du travail chargé de se

¹⁶² CAA Nantes, 30 octobre 2008, Mediapost, n° 08NT00909

prononcer sur la demande de licenciement. L'article R.436-4 ancien use de formules encore en cours dans les textes : « l'inspecteur du travail procède à une enquête contradictoire au cours de laquelle le salarié peut, sur sa demande, se faire assister d'un représentant de son syndicat (...) sa décision est motivée ». La jurisprudence est donc toujours d'actualité. Elle permet à la direction générale du travail de se prévaloir du « principe d'unicité entre enquêteur et décideur »¹⁶³.

§2. L'ATTEINTE A L'IMPARTIALITE OBJECTIVE

La notion d'impartialité de l'administration est duale. Elle s'envisage en termes d'impartialité subjective et d'impartialité objective. L'impartialité subjective suppose l'absence de préjugé¹⁶⁴ chez un fonctionnaire désireux de satisfaire l'intérêt général et non son intérêt particulier. L'impartialité objective s'évalue du point de vue du tiers. Celui-ci ne doit pas raisonnablement douter de la capacité du fonctionnaire à exercer sa fonction en toute impartialité.

Ces deux prescriptions – être subjectivement et objectivement impartial – s'imposent à l'administration. Le Conseil d'Etat parle de l'« obligation générale d'impartialité qui incombe à tous les organes administratifs »¹⁶⁵, et le Conseil constitutionnel d'une « obligation d'impartialité [qui] figure au rang des principes gouvernant l'action de l'autorité administrative »¹⁶⁶. Au sens d'Alexandre Parodi, l'impartialité est également un devoir catégorique de l'administration : « Nous sommes les héritiers d'une grande tradition. Elle est de servir l'Etat (...). Les citoyens souhaitent une parfaite compréhension de leurs nécessités. Ils attendent aussi un traitement impartial¹⁶⁷ ».

L'administration est telle la « femme de César » : « elle ne doit pas être

¹⁶³ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 9

¹⁶⁴ G. CORNU, Vocabulaire juridique 8^e édition, PUF, 2007, p.468 : « Impartialité. Absence de parti pris, de préjugé, d'idée préconçue.

¹⁶⁵ CE, 1^{er} avril 1998, Iguacel et Cornets, n°136091

¹⁶⁶ Décision n° 89-260 DC du 28 juill. 1989

¹⁶⁷ Discours d'Alexandre Parodi lors de l'assemblée générale du 30 mai 1963, in P. NORA, Les lieux de Mémoire, t3 : les France (entrée sur les grands corps).

soupçonnée »¹⁶⁸. Or, les règles de compétence territoriale de l'inspection du travail enfreignent cette obligation d'impartialité. L'impartialité objective de l'inspecteur du travail ressort diminuée de l'application du principe d'unicité de l'enquêteur et du décideur. Cette unicité donne totale compétence à un inspecteur en contact permanent avec les délégués du personnel. Le doute s'installe alors sur l'impartialité objective du contrôle administratif du licenciement du salarié protégé.

Un remède à ce déficit d'impartialité est proposé dans la deuxième partie de cette thèse¹⁶⁹ : il consisterait à affecter aléatoirement le contrôle de la demande de destitution à une autre unité territoriale d'inspection du travail que celle chargée des affaires courantes de l'entreprise concernée.

¹⁶⁸ Expression reprise par le Président Olivier Fouquet au sujet de l'impartialité objective de l'administration (La revue administrative, n°369 : L'impartialité des vérificateurs fiscaux)

¹⁶⁹ Voir p. 147

CONCLUSION CHAPITRE I

De l'étude des règles de compétence de l'inspection du travail, on retiendra quelques éléments marquants. Les efforts notables du législateur et du juge pour étendre la compétence de l'inspection du travail à tous les cas de licenciements de salariés protégés sont louables. Ils témoignent d'un travail vers l'efficacité de contrôle du licenciement des salariés protégés.

En revanche, certains traits des normes définissant la compétence de l'inspection sont manifestement favorables aux salariés protégés. La complexité du système s'oppose au licenciement. Elle fragilise la stabilité juridique des décisions de l'inspection du travail. Enfin, le déficit d'impartialité causé par le partage territorial ne place pas l'inspection du travail hors de toute idée de connivence avec le salarié.

CHAPITRE II. L'ENQUETE ET LA DECISION DE L'INSPECTION DU TRAVAIL

Sa compétence établie, l'inspection du travail doit autoriser ou refuser le licenciement. Cette tâche est ardue, non seulement en raison de sa technicité, mais aussi à cause de sa charge d'affect. L'inspecteur du travail peut se sentir coupable du licenciement d'une personne. Le risque est souvent celui de la « pitié dangereuse », « la pitié créatrice, qui sait ce qu'elle veut et est décidée à persévérer jusqu'à l'extrême limite des forces humaines »¹⁷⁰. Cette subjectivité ne doit pas s'inviter dans la décision de l'administration, qui se veut objective. C'est pourquoi le choix de l'inspection est un processus normé, divisé en phases précises, proche d'un protocole scientifique. Il se fonde sur l'investigation active, avec interrogatoires et recherches. Les méthodes de l'inspection du travail favorisent une approche par la raison et non par les sentiments.

Agissant dans un état de droit, l'inspection du travail doit également respecter le principe du contradictoire. La procédure contradictoire invite tous les intéressés à y participer. Certains peuvent ne pas être présents ou représentés, mais à la condition que tous y aient été régulièrement convoqués de telle sorte que le résultat de cette opération leur est opposable¹⁷¹. Adoptée de manière contradictoire, la décision doit enfin être motivée, par souci de transparence et de garantie du droit au recours.

C'est surtout le respect de ces deux exigences qui soulève la critique. On peut avoir confiance dans le professionnalisme de l'inspection du travail et la capacité de ses membres à ne pas se laisser saisir par des élans de générosité. Il n'en reste pas moins que le respect du contradictoire et la bonne motivation des décisions administratives semblent parfois faire défaut. La jurisprudence montre quelques velléités d'améliorer la situation. C'est ce que nous allons examiner avec l'étude de l'enquête contradictoire, (Section I) puis de la décision de l'inspection du travail (Section II).

¹⁷⁰ S. ZWEIG, *La pitié dangereuse*, Grasset, 1939, p. 8

¹⁷¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique* 8^e édition, PUF, 2007, p.229

SECTION I. L'ENQUETE CONTRADICTOIRE

Comme son nom le laisse deviner, cette enquête est placée sous le signe du contradictoire (I). Néanmoins, revendiquer cette appellation ne garantit pas le respect du principe en question. Il semble bien qu'à de nombreux égards, l'enquête contradictoire porte mal son nom. Elle se place en faux aussi bien avec le principe du contradictoire qu'avec d'autres droits de la défense (II).

I. L'AMBITION D'UN REEL MOMENT CONTRADICTOIRE

Le caractère contradictoire de l'enquête se manifeste tant dans son exécution par l'inspection du travail (§1) que dans les jugements statuant sur les litiges qui en résultent (§2).

§1. LE DEROULEMENT DE L'ENQUETE

On distingue deux phases dans cette enquête contradictoire *obligatoire* (A) : la convocation (B) et l'échange entre l'inspecteur et les personnes qu'il estime utile d'auditionner (C).

A. L'obligation de mener l'enquête

L'enquête contradictoire est une procédure obligatoire du licenciement du salarié protégé pour motif disciplinaire. A tel point qu'à peine de nullité, cette enquête contradictoire doit être menée (1) – sauf dispense exceptionnelle (2).

1. La fin des hésitations jurisprudentielles sur la nullité de la procédure en cas d'absence d'enquête

Le caractère obligatoire de l'enquête contradictoire procède d'abord des textes. Ainsi, l'article R2421-4 du Code du travail¹⁷² dispose que « l'inspecteur du travail procède à une enquête contradictoire ».

¹⁷² Créé par le décret n°2008-244 du 7 mars 2005 – art. (V)

Cette nécessité d'une enquête contradictoire aurait pu rester lettre morte sans l'intervention du juge. Ce dernier a orienté sa jurisprudence dans le sens d'une nullité de la procédure quand l'enquête contradictoire n'est pas effectuée. Dans ces conditions, la tenue d'une enquête contradictoire devient impérieuse, pour peu que l'administration ne souhaite pas voir la procédure frappée de nullité.

Par arrêt du 4 décembre 1987¹⁷³, le Conseil d'Etat a tiré les conséquences d'une procédure où l'inspecteur du travail n'avait pas procédé à l'enquête contradictoire exigée par le Code du travail. « Même en admettant que ce fonctionnaire dispose d'éléments suffisants pour se prononcer sur la demande à la suite des auditions et visites auxquelles il avait procédé à l'occasion du conflit social que connaissait à l'époque l'entreprise, sa décision a été prise sur un procédure irrégulière ». La connaissance préalable des éléments de fait et de droit du licenciement ne dispense pas l'inspecteur du travail de mener une enquête contradictoire.

Cette jurisprudence a pu paraître renversée par un arrêt *Société d'intérêt collectif bétail et viande de l'Amiénois*¹⁷⁴. La formule utilisée par la haute juridiction est surprenante : la circonstance que l'enquête contradictoire n'ait pas été menée n'était pas de nature à entacher la procédure d'irrégularité. Le Conseil d'Etat estime que les faits de l'espèce tendent tant à la confirmation du refus de licencier (le comité d'entreprise n'avait pas été saisi dans les délais) qu'il importe peu qu'il n'y ait pas eu d'enquête contradictoire. Ce raisonnement semble dangereux : à partir de quel degré d'évidence du refus les faits dispenseraient-ils d'une enquête contradictoire ? Le principe de l'enquête contradictoire systématique à peine de nullité de la procédure est plus aisé à contrôler. Il est aussi vecteur de bonnes pratiques, car il incite l'inspection du travail à une investigation poussée préalablement à sa décision.

Fort heureusement, cet arrêt *Viande de l'Amiénois* semble isolé. Le 6 avril 1998¹⁷⁵, le Conseil d'Etat a intégré que son contrôle de la procédure incluait celui de la présence systématique de l'enquête contradictoire : « avant de prendre la décision d'autorisation attaquée, l'inspecteur du travail a procédé à l'enquête contradictoire ». Autrement dit : sans le respect de cette procédure, l'autorisation de licenciement aurait été refusée.

Pour ne pas s'exposer à l'annulation de ses décisions par le juge administratif,

¹⁷³ CE, 4 décembre 1987, *Ministre des affaires sociales c/ Société Monoplast*, req. n° 72379,

¹⁷⁴ CE, 16 juin 1995, *Société d'intérêt collectif bétail et viande de l'Amiénois*, req. N° 133569

¹⁷⁵ CE, 6 avril 1998, *Société reprographie moderne J. Bessière*, req. n° 170505

l'inspection du travail a tiré les leçons de cette évolution jurisprudentielle. La circulaire de juillet 2012 relative au licenciement des salariés protégés¹⁷⁶ présente l'enquête contradictoire comme « un moment essentiel de la procédure de licenciement ». Il est par conséquent logique que « toute décision administrative de l'inspecteur du travail saisi d'une demande relative à la rupture du contrat de travail doit, **à peine de nullité**¹⁷⁷, être précédée d'une enquête contradictoire ». Pour l'inspection du travail, la solution est donc claire. Sans enquête contradictoire, la nullité de la procédure est certaine.

2. La dispense exceptionnelle d'enquête contradictoire

Le contrôle de l'administration ne doit pas s'opposer systématiquement à l'efficacité de cette dernière. Un contrôle irréfléchi et trop poussé risquerait de frapper l'administration de paralysie. C'est dans cet esprit que le juge administratif a précisé une exception au principe de l'enquête contradictoire obligatoire.

A la suite d'une annulation contentieuse, l'inspection du travail est dispensée d'enquête contradictoire s'il n'y a pas d'éléments nouveaux de faits et de droit. L'inverse serait étonnant. Il serait vain de mener une deuxième enquête sur les mêmes faits, pour parvenir aux mêmes conclusions. L'inspection du travail perdrait un temps précieux, et engagerait des deniers publics pour mener une investigation dont les résultats sont déjà connus. Adopté avant la crise budgétaire¹⁷⁸, l'arrêt du 5 septembre 2008 anticipe pourtant sur la tendance à la réduction de la dépense publique : « en l'absence de changement dans les circonstances de fait ou de droit, l'inspecteur du travail peut prendre une nouvelle décision sans procéder à l'enquête contradictoire »¹⁷⁹.

B. La convocation à l'enquête

Les règles applicables à la convocation à l'enquête préalable sont d'une inégale clarté. Alors que la forme de la convocation est bien déterminée (1), les délais de la convocation ne sont pas clairement précisés (2)

¹⁷⁶ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés

¹⁷⁷ En gras et souligné dans le texte de la circulaire

¹⁷⁸ La faillite de Lehman Brothers a lieu une semaine plus tard, le 15 septembre 2008

¹⁷⁹ CE, 5 septembre 2008, Seroba, req. n° 301509

1. La forme bien déterminée de la convocation

La forme de la convocation résulte de règles internes à l'inspection du travail. Le juge, par son contrôle de la procédure, s'invite aussi dans la formation des règles de forme de la convocation à l'enquête contradictoire.

L'inspection du travail dresse une liste des documents à demander aux convoqués dans leur lettre de convocation : « pièces justificatives de la totalité des mandats ; convocation du salarié à l'entretien préalable avec production de l'accusé de réception ; convocations des membres des instances consultées et du salarié visé par la mesure : procès-verbal de la consultation du comité d'entreprise sur le licenciement du salarié protégé ; procès-verbaux établis à la suite des différentes consultations obligatoires pour les licenciements pour motif économique et de la notification à la directe des licenciements de plus de dix salariés sur un même période de 30 jours : pièces attestant du respect des procédures conventionnelles (conseil de discipline, commission paritaire) »¹⁸⁰.

Le juge a ajouté que l'inspection du travail n'est pas tenue de préciser au salarié convoqué à l'enquête contradictoire les griefs dirigés contre lui : « il ne résulte d'aucune disposition législative ou réglementaire ni d'aucun principe que la convocation du salarié à l'enquête contradictoire (...) doive énoncer les griefs dont celui-ci fait l'objet et dont il a déjà pris connaissance au cours de l'entretien préalable avec l'employeur prévu par l'article L.122-14 »¹⁸¹. Cette information des griefs du salarié ne ferait que rappeler celle délivrée lors de l'entretien préalable.

Le Conseil d'Etat a aussi précisé que l'inspection du travail n'a pas à signaler si elle demande un délai complémentaire d'instruction¹⁸². Visant une disposition réglementaire selon laquelle « l'inspecteur du travail avise de la prolongation du délai les destinataires de la convocation »¹⁸³, il affirme que cette formalité n'est pas prescrite à peine de nullité. Au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation dans d'autres domaines, c'est pourtant la nullité qui devrait être prononcée. La haute juridiction judiciaire a rappelé que la formalité de l'information de la prolongation d'instruction de la Caisse primaire d'assurance maladie sur une prise en charge d'une maladie professionnelle était prescrite à

¹⁸⁰ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 18

¹⁸¹ CE, 20 novembre 2009, Ministre du travail c/ Sentenac, req n°320179

¹⁸² CE, 19 février 1997, Pecoste, n°163586

¹⁸³ Art. R436-4 ancien du Code du travail

peine de nullité¹⁸⁴. Elle l'a déduit d'un texte quasiment identique : « lorsqu'il y a nécessité d'examen ou d'enquête complémentaire, la caisse doit en informer la victime »¹⁸⁵. Cette solution souligne le caractère daté de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur ce point, moins à même de faire respecter la volonté du pouvoir réglementaire.

2. L'imprécision sur les délais de la convocation

La convocation ne doit pas précéder immédiatement l'entretien. Il doit y avoir un certain délai entre la réception de la convocation et l'entretien, sans quoi les parties convoquées manqueraient de temps pour préparer leur entretien. Néanmoins, ce délai n'est pas précisé : on sait juste qu'il doit être « suffisant ». Les textes et la jurisprudence n'ont pas déterminé un nombre de jours à partir duquel le délai entre la convocation et l'entretien devient suffisant.

On apprend simplement, par un arrêt du 21 avril 1989¹⁸⁶, qu'un délai d'un jour est insuffisant. « Il ressort des pièces du dossier que l'inspecteur du travail a été saisi le 16 juin 1986 (..) d'une demande d'autorisation de huit salariés protégés, et qu'il n'a pas procédé à d'autre audition des salariés concernés que celle qui résultait d'une réunion tenue avec eux dès le 17 juin 1986 ; qu'il n'est pas établi qu'en égard à la brièveté des délais lesdits salariés aient été en mesure de se faire assister par un représentant de leur syndicat ; que, dès lors, la décision d'autorisation de licenciement est par suite illégale ».

Cette volonté louable de laisser au salarié un peu de temps pour préparer sa défense reste lettre morte en l'absence de précisions supplémentaires. Si un jour est insuffisant, quid de deux, trois ou quinze jours ? Il est grand temps que le pouvoir réglementaire ou le juge donne des directives claires à ce sujet, et fixe clairement une frontière entre délai suffisant et insuffisant.

C. L'échange entre l'inspecteur et les parties

L'enquête contradictoire donne lieu à un échange entre l'inspecteur du travail et les parties concernées. Ces dernières peuvent être représentées selon des règles très spécifiques à l'enquête contradictoire (1). Ensuite, la question du lieu de l'échange peut

¹⁸⁴ Cass., 2^e civ., 11 oct. 2012, CPAM de l'Eure c. M. M., req. n° 11-23517

¹⁸⁵ Art. R441-14 du Code de la sécurité sociale

¹⁸⁶ CE, 21 avril 1989, Société d'optique électronique et mécanique, req n°90549

être aussi problématique, par exemple lorsque l'une des parties est immobilisée (2)

1. La possibilité d'une représentation ou d'une assistance

Les parties ont le droit d'être représentées ou assistées durant la procédure d'enquête contradictoire, tant par un avocat que, pour les salariés, par un représentant syndical. Cette possibilité de représentation sert le principe du contradictoire, dès lors qu'elle permet aux parties non expertes d'être mises à même de participer à un processus juridique complexe.

Salariés et employeurs peuvent être représentés ou assistés par un avocat. Ce droit à la représentation ou à l'assistance par un avocat résulte de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques¹⁸⁷. Celle-ci dispose, en son article 6, que « les avocats peuvent assister et représenter autrui devant les administrations publiques, sous réserve des dispositions législatives et réglementaires ». L'avocat peut représenter un justiciable durant son enquête contradictoire, sans justifier d'une délégation expresse. L'inspecteur du travail doit le présumer mandaté par son client : « il est dispensé de justifier d'un pouvoir spécial »¹⁸⁸. Ce droit à l'avocat durant l'enquête contradictoire est cependant malmené, comme nous l'étudions plus loin¹⁸⁹.

Les salariés peuvent aussi, et c'est là une particularité de cette procédure, être assistés par un membre d'une organisation syndicale. Le Code du travail précise que « l'inspecteur du travail procède à une enquête contradictoire au cours de laquelle le salarié peut, sur sa demande, se faire assister d'un représentant de son syndicat »¹⁹⁰. Il n'est pas exigé que ce représentant syndical appartienne à l'entreprise dans laquelle se déroule le licenciement, comme l'a précisé le Conseil d'Etat par un arrêt *Molinari*¹⁹¹ : « la circonstance que l'employeur soit représenté par une personne extérieure à l'entreprise au cours de l'enquête contradictoire est sans influence sur la régularité de la procédure préalable à la délivrance de l'autorisation de licenciement, dès lors qu'il est constant que l'inspecteur du travail avait invité tant le salarié concerné que l'employeur à prendre part à l'enquête, et qu'ainsi cette dernière a revêtu le caractère contradictoire exigé par les

¹⁸⁷ Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques

¹⁸⁸ Cass. Soc., 29 septembre 2010, Art Creator Studio, n°09-40515

¹⁸⁹ Voir Première Partie, Titre I, Chapitre II, Section I, II, §1, A. et §2, B

¹⁹⁰ Art. R2421-11 du Code du travail créé par le décret n° 2008-244 du 7 mars 2008

¹⁹¹ CE, 16 février 1996, *Molinari*, req. n°151401

dispositions susmentionnées du Code du travail ».

Cette option de représentation est plus accessible aux salariés protégés, de par sa gratuité : le syndicat met gracieusement à la disposition du salarié un représentant compétent en la matière. L'enquête contradictoire n'entre pas dans le domaine de l'aide juridictionnelle¹⁹² précisé à l'article de la loi du 10 juillet 1991 : il n'y a donc pas de possibilité de remboursement des frais d'avocats en la matière, ce qui justifie d'autant plus la possibilité de se faire représenter par un membre d'un syndicat.

2. La présence réelle lors de l'audition

L'enquête contradictoire est un moment de face-à-face entre l'inspecteur et les personnes qu'il auditionne. Cela implique la présence réelle des protagonistes, réunis dans un même lieu. Le respect du contradictoire dicte une telle procédure, qui garantit autant que possible la participation des intéressés. Cette disponibilité concrète de l'inspecteur se traduit par le droit du salarié d'être entendu personnellement et individuellement par l'inspecteur du travail. Ce droit a été déduit par le Conseil d'Etat¹⁹³ de la rédaction de l'article R.2421-11 du code du travail : « l'inspecteur du travail procède à une enquête contradictoire au cours de laquelle le salarié peut, sur sa demande, se faire assister d'un représentant de son syndicat ». Le non-respect de cette exigence frappe la procédure d'examen du licenciement de nullité.

Seul un entretien physique est possible. Un échange téléphonique ne correspond pas à un entretien dans les formes : « il est constant que l'inspecteur du travail de Lons-le-Saunier, saisi par la société Juragruyère d'une demande d'autorisation de licenciement concernant Madame X..., représentante du personnel, s'est borné à avoir avec celle-ci des entretiens téléphoniques et ne peut être regardé comme l'ayant ainsi régulièrement entendue »¹⁹⁴. On pourrait supposer qu'un entretien par vidéoconférence ne se substituerait pas non plus à un entretien réel, tant la jurisprudence insiste sur la présence réelle des protagonistes. Avec le développement des technologies de communication, cette question sera certainement posée au juge.

Cette exigence d'un entretien physique pose une contrainte. Les participants à l'entretien doivent être présents dans le même lieu. La circulaire émise par la direction

¹⁹² Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique

¹⁹³ CE, 25 avril 1997, Rouault, req. n°163971

¹⁹⁴ CE, 21 août 1996, Genin, req. n°149249

générale du travail en 2012 affirme qu'il appartient à l'inspecteur du travail de déterminer le lieu de l'entretien¹⁹⁵. Elle s'appuie pour cela sur une jurisprudence *IMS*¹⁹⁶ du Conseil d'Etat, qui n'a pourtant pas exactement ce sens. Dans cet arrêt, la haute juridiction administrative avait affirmé que « que ni la circonstance que l'inspecteur du travail a conduit son enquête tant dans les locaux de l'inspection [n'était] de nature à établir l'absence d'objectivité de ladite enquête et à entacher d'irrégularité la procédure suivie ». Cela revient simplement à dégager qu'il était indifférent que l'entretien ait eu lieu dans les locaux de l'inspection du travail ou ceux de l'entreprise, mais pas que l'inspecteur du travail avait le choix absolu du lieu de l'entretien. Il est néanmoins conseillé aux personnes intéressées par une enquête contradictoire de se rendre au lieu indiqué par l'inspection du travail. Toutefois, ce pouvoir ne résulte ni d'un texte, ni d'une règle jurisprudentielle, mais d'une simple pratique.

La jurisprudence a pu trancher un cas limite. Le salarié ne pouvait se rendre au lieu de l'enquête contradictoire. Il était, en effet, incarcéré durant la période de l'enquête contradictoire et n'avait pu y participer. A sa libération, le salarié avait formé un recours en annulation contre la décision autorisant son licenciement. Celui-ci a été rejeté en première instance comme en appel. La Cour administrative d'appel de Lyon a retenu que le salarié avait été invité dans les locaux de l'inspection du travail pour un entretien dans le cadre de l'enquête contradictoire. Ne pouvant s'y déplacer, le salarié n'a toutefois pas sollicité un déplacement de l'inspection du travail en prison, ou même demandé à l'administration pénitentiaire l'autorisation de se rendre dans les locaux de l'inspection du travail. C'est donc par sa faute qu'il n'a pas pu participer à l'enquête contradictoire.¹⁹⁷

§2. L'EXIGENCE CONTRADICTOIRE

Placer l'enquête menée par l'inspecteur du travail sous le signe du contradictoire revient souvent à s'inscrire dans une tradition jurisprudentielle protectrice des droits de la défense (A). Toutefois, l'exigence contradictoire a ses limites : elle ne confère pas des prérogatives illimitées et doit être conciliée avec d'autres droits et libertés (B).

¹⁹⁵ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 19

¹⁹⁶ CE, 20 avril 2005, *IMS*, req. n°254909

¹⁹⁷ CAA Lyon, 23 octobre 2007, *Marty*, n°05LY00086

A. L'application d'une jurisprudence bien établie à l'enquête contradictoire

Le principe du contradictoire a été depuis longtemps conceptualisé en droit administratif français (1) avant d'être appliqué au droit du licenciement du salarié protégé (2).

1. Le rappel des règles classiques fondant le principe du contradictoire

L'enquête contradictoire s'appuie des règles établies de longue date par la jurisprudence. L'arrêt *Téry*¹⁹⁸ de 1913 affirme que les juridictions administratives doivent respecter certaines procédures pour que les droits de la défense soient observés. Le commissaire du gouvernement Corneille énonce dans ses conclusions le contenu de ces procédures. Elles exigent, entre autres, que « tous les membres aient assisté à la séance » que « la décision contienne les noms de tous ceux avec le concours desquels elle a été rendue, car la défense a le droit de connaître la composition du tribunal pour en contester, le cas échéant, la régularité », que « l'inculpé doit avoir été entendu » et que « l'absence d'audition ne peut être motivée que par une faute de l'inculpé »¹⁹⁹. Ces règles ne se limitent pas au champ juridictionnel. Elles concernent aussi l'action administrative, comme l'ont consacré l'arrêt *Trompier Gravier*²⁰⁰ ou la décision du 20 juillet 1977 du Conseil constitutionnel²⁰¹ au sujet des sanctions administratives.

L'enquête contradictoire n'est pas une procédure juridictionnelle, comme l'a rappelé le Conseil d'Etat : « la procédure suivie par l'inspecteur du travail dans le cadre de l'examen d'une demande de licenciement ne revêt pas un caractère juridictionnel »²⁰². Elle n'est pas non plus une mesure préparatoire à une sanction administrative : le licenciement n'est pas infligé par l'autorité administrative mais bien par l'employeur. Néanmoins, les règles classiques des droits de la défense résonnent avec la jurisprudence appliquée en matière d'enquête contradictoire.

¹⁹⁸ CE, 20 juin 1913, *Téry*, req. 736, concl. Corneille

¹⁹⁹ Conclusions du commissaire du gouvernement Corneille sur CE, 20 juin 1913, *Téry*, req. 736. Cité par Long et alii, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (18^e éd), 2011, Dalloz, p. 157

²⁰⁰ CE, 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier Gravier*, Req. 133, concl. Chenot

²⁰¹ N° 77-83 DC du 20 juillet 1977, rec. 39 ; RD publ. 1978.827, comm. Favoreu ; D. 1979.297, note L. Hamon ; AJ 1977.599, comm. Denoix de Saint Marc ; RA 1977.509, note Plouvin

²⁰² CE, 24 novembre 2006, Rodriguez, n°284208

2. L'application de ces règles classiques à l'enquête contradictoire

Nous avons mentionné ci-dessus l'obligation d'une présence réelle du salarié à l'audition²⁰³. Cette obligation rappelée par l'arrêt *Génin*²⁰⁴ procède d'un courant jurisprudentiel rattaché au vénérable arrêt *Téry*. L'affirmation de l'obligation d'une présence réelle des parties à la séance (*Téry*) n'est pas sans lien avec la jurisprudence sur l'interdiction d'un entretien par voie téléphonique (*Génin*). L'exception à cette règle d'une audition concrète des parties avait été prévue par le Commissaire du gouvernement Corneille. Dans l'enquête contradictoire, seule la faute de l'administré motive l'absence d'entretien. Preuve en est ce cas d'espèce où le salarié protégé incarcéré n'avait entrepris aucune diligence pour surmonter les obstacles dressés entre lui et l'inspecteur du travail. La CAA avait retenu qu'il n'avait pas été auditionné du fait de sa carence²⁰⁵.

Le principe selon lequel la décision doit contenir les noms de tous ceux avec le concours desquels elle a pu être rendue²⁰⁶ connaît également une certaine fortune dans la jurisprudence consacrée à l'enquête contradictoire. Les juridictions administratives réclament, à peine de nullité de la procédure, une communication au salarié des personnes victimes des agissements fautifs reprochés.

L'origine et la teneur de cette obligation sont exposées dans l'arrêt *Senior*²⁰⁷ de 2005. Le caractère contradictoire de l'enquête prévue à l'article R.436-4 du code du travail impose à l'autorité administrative d'informer le salarié concerné par cette enquête de façon suffisamment circonstanciée pour permettre à l'intéressé d'assurer utilement sa défense et, notamment, de lui communiquer l'identité des personnes qui auraient été victimes des agissements qui lui sont reprochés. A défaut, l'autorisation administrative de licenciement éventuellement accordée au terme de l'enquête doit être tenue pour irrégulière. Cette solution est réitérée avec l'arrêt *Schiffli*²⁰⁸. Par la suite, le champ des informations obligatoirement communiquées au salarié est progressivement élargi. En novembre 2006, le Conseil d'Etat l'étend – toujours à peine de nullité de la procédure – à l'ensemble des

²⁰³ Voir p. 71

²⁰⁴ CE, 21 août 1996, *Genin*, req. n°149249

²⁰⁵ CAA Lyon, 23 octobre 2007, *Marty*, n°05LY00086 ;

²⁰⁶ Conclusions du Commissaire du gouvernement Corneille sur Conclusions du commissaire du gouvernement Corneille sur CE, 20 juin 1913, *Téry*, req. 736 ; précité

²⁰⁷ CE, 20 avril 2005, *Senior*, req. n°254066

²⁰⁸ CE, 12 octobre 2006, *Schiffli*, req n° 286829

pièces produites par l'employeur à l'appui de sa demande, notamment aux témoignages et attestations^{209 210}.

Ainsi un arrêt récent du 22 février 2012 a annulé un arrêt de Cour d'appel²¹¹ au motif qu'il avait jugé que « l'inspecteur du travail avait pu légalement ne pas communiquer au salarié les autres annexes [produites par l'employeur] car elles étaient constituées soit de documents se bornant à établir sa qualité de salarié protégé ou à décrire le poste qu'il occupait, soit de courriers échangés entre la société Axa Reims France et l'intéressé et qui étaient donc connus de ce dernier »²¹². En d'autres termes, l'administration aurait mieux fait de communiquer l'ensemble des pièces fournies par l'employeur à l'appui de sa demande. La direction générale du travail l'a bien compris : elle ordonne à ses inspecteurs de « mettre les parties à même de prendre connaissance de l'ensemble des pièces produites par l'employeur à l'appui de sa demande »²¹³.

B. Les limites de l'application du principe du contradictoire

Le principe du contradictoire exige la communication au justiciable des pièces produites susceptibles de lui faire grief. Ce principe doit être concilié avec l'efficacité administrative (1) et les droits éventuellement menacés par une telle communication – comme le droit au respect de la vie privée ou à la protection du secret professionnel par exemple (2)

1. La limite spéieuse au principe du contradictoire : l'efficacité administrative

C'est sans doute l'efficacité de l'action administrative qui justifie la restriction des pièces communicables, lorsque celles-ci ont été relevées par l'inspecteur du travail. L'arrêt *Sangare* décrit le champ des pièces relevées par l'inspection du travail et qui doivent être communiquées au salarié et à l'employeur. Le champ de ces pièces est plus précis que celui

²⁰⁹ CE, 24 novembre 2006, Rodriguez, req n°284208

²¹⁰ La communication de ces informations contient quelques tempéraments que nous allons examiner dans la partie B suivante

²¹¹ CAA Versailles, 14 octobre 2009, Mariano Robert, n°07VE03040

²¹² CE, 22 février 2012, Mariano-Robert, req n°335200

²¹³ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 20

utilisé pour énumérer les pièces produites par l'employeur et qui doivent être communiquées au salarié. L'inspection du travail doit communiquer les éléments déterminants qu'elle a recueilli, « y compris les témoignages, et qui sont de nature à établir ou non la matérialité des faits allégués à l'appui de la demande d'autorisation »²¹⁴. Un arrêt du même jour a repris la même solution, pour l'appliquer à un cas similaire²¹⁵.

Au total, l'ensemble des pièces à communiquer est moins étendu quand il a été recueilli par l'inspection du travail que lorsqu'il est produit par l'employeur. Dans le premier cas, c'est « l'ensemble des éléments déterminants de nature à établir ou non la matérialité des faits » et dans le second, « l'ensemble des pièces produites par l'employeur à l'appui de sa demande ». Les éléments découverts par l'inspection du travail ne sont communicables que s'ils sont déterminants.

Cette séparation entre déterminant/non déterminant ne doit pas être très aisée à utiliser au quotidien : ses contours sont incertains, et elle est sujette à des interprétations subjectives. Elle laisse aussi la porte ouverte à l'opacité administrative, où des pièces ne seraient pas communiquées au motif qu'elles ne n'auraient pas un caractère « déterminant ». Les services administratifs imaginés par Franz Kafka utilisent les mêmes méthodes pour éconduire les contrôles. Ils inventent des distinctions conceptuelles inutiles pour justifier l'absence de transparence. L'arpenteur Joseph K. ne peut mesurer *Le château*. Il est refoulé par les services administratifs qui lui opposent que son mandat a été établi à titre privé et non à titre officiel²¹⁶.

2. La limite nécessaire au principe du contradictoire : l'impératif de ne pas porter préjudice à autrui

Ensuite, l'application du principe du contradictoire ne doit pas porter atteinte à des tierces personnes. La communication des pièces produites par les parties ou relevées par l'inspecteur connaît là une seconde limite. Avec l'arrêt *Rodriguez*, le Conseil d'Etat affirme que : « lorsque l'accès aux témoignages et attestations serait de nature à porter gravement préjudice à leurs auteurs, l'inspecteur du travail doit se limiter à informer le salarié protégé,

²¹⁴ CE, 9 juillet 2006, Sangare, req n°288295

²¹⁵ CE, 22 février 2012, Gaston A., req n°346307

²¹⁶ Franz Kafka, *Le Château*, p. 98 : « Cette lettre n'est pas un écrit officiel mais un document d'ordre privé. La suscription « Monsieur » suffirait à le montrer ».

de façon suffisamment circonstanciée, de leur teneur »²¹⁷. L'inspecteur du travail évalue si la divulgation d'éléments peut porter préjudice, et peut s'en tenir à la communication d'un contenu allégué aux personnes concernées.

Les objectifs d'une telle limitation sont d'abord de respecter la vie privée ou l'inviolabilité des secrets protégés comme le secret médical²¹⁸ ou même le secret de fabrication²¹⁹. La loi du 17 juillet 1978 dispose que « ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical et au secret en matière commerciale et industrielle »²²⁰. Donc, dans le cadre d'une enquête contradictoire, ce texte limite le champ des documents communicables dans le cadre du principe du contradictoire. Le juge détermine de manière prétorienne l'étendue de ces documents qui menaceraient de tels intérêts. A titre d'illustration, la divulgation du nom et du prénom d'une personne n'est pas une atteinte à la vie privée²²¹.

L'inspection du travail pourrait néanmoins refuser de communiquer les nom et prénom d'une personne durant une enquête contradictoire. Ce ne serait pas pour sauvegarder leur vie privée, mais pour éviter des représailles au sein de l'entreprise : exposition à une sanction de la hiérarchie, risque de pressions de la part des collègues. Cette possibilité a été étudiée par un arrêt *Société Labatut Rhône Alpes*²²², mais refusée dans le cas d'espèce. En effet, l'inspecteur du travail désireux de préserver le témoin de l'ire des membres de l'entreprise n'avait pas voulu fournir la teneur de l'attestation. Il aurait dû, pour concilier respect du contradictoire et souci de ne pas porter un préjudice grave, délivrer une version à la fois circonstanciée et anonyme de l'attestation.

²¹⁷ CE, 24 novembre 2006, Rodriguez, req n°284208

²¹⁸ Art. R4127-4 du code de la santé publique

²¹⁹ Art. L621-1 du Code de la propriété intellectuelle

²²⁰ Art. 6 de la Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal

²²¹ CE, 30 mars 1990, Degorge-Böette, req. n°90237

²²² CE, 14 décembre 2009, Société Labatut Rhône Alpes, n°314877

II. LES MECOMPTES DE L'ENQUETE CONTRADICTOIRE

Il ne s'agit pas de dresser un bilan excessivement positif de l'enquête contradictoire. Placée sous le patronage de principes dégagés par un courant jurisprudentiel tout à fait recommandable (les arrêts *Téry*²²³ et autre *Dame veuve Trompier-Gravier*²²⁴), elle n'en reste pas moins le lieu d'atteintes à des prérogatives fondamentales. Nous avons identifié deux types d'atteintes : celles au droit à la représentation par un avocat (§1), et celles au principe d'égalité (§2).

§1. L'ENQUETE CONTRADICTOIRE CONTRE LE DROIT A L'AVOCAT

Les règles régissant l'enquête contradictoire ont pour effet de restreindre totalement le droit à la représentation par un avocat. Ces privations de l'exercice d'un droit fondamental (A) sont parfaitement illégales (B), à tel point qu'elles invitent à réfléchir à des pistes pour y remédier (C).

A. La privation de la représentation par un avocat sous prétexte de respect des conventions internationales

Les privations de la représentation par un avocat ne proviennent pas tant des instruments internationaux de protection du travailleur (1) que de l'interprétation de ces normes par l'inspection du travail (2).

1. L'inspecteur du travail autorisé par les textes internationaux à entendre salariés et employeurs seuls

L'enquête contradictoire obéit aussi à des règles de droit international. Ces normes proviennent, entre autres, de l'Organisation internationale du travail, qui œuvre pour la protection des travailleurs à travers le monde. Le mode d'action de l'OIT comprend en effet l'adoption de conventions, afin que les signataires s'engagent à observer des standards minimums de respect des droits fondamentaux.

Les conventions n°81 et n°129 de l'OIT ont été respectivement adoptées le 11

²²³ CE, 20 juin 1913, *Téry*, req. 736, concl. Corneille

²²⁴ CE, 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier Gravier*, Req. 133, concl. Chenot

juillet 1947 et le 25 juin 1969. Elles définissent les pouvoirs que les inspections du travail doivent posséder pour mener à bien leurs missions. L'article 12 de la Convention n°81 stipule que « les inspecteurs du travail munis de leurs pièces justificatives de leurs fonctions seront autorisés à procéder à tous examens, contrôles ou enquêtes jugés nécessaires pour s'assurer que les dispositions légales sont effectivement observées, et notamment, à interroger, soit seuls, soit en présence de témoins, l'employeur ou le personnel de l'entreprise sur toutes les matières relatives à l'application des dispositions légales ». L'article 16 de la Convention n°129 est destiné aux inspecteurs du travail dans l'agriculture, et leur donne pouvoir pour « interroger, soit seuls, soit en présence de témoins, l'employeur, le personnel de l'entreprise ou toute autre personne se trouvant dans l'exploitation ». Dans les deux cas, les conventions autorisent l'inspecteur du travail à interroger seul ou en présence de témoins l'employeur ou le salarié.

2. L'interprétation de cette convention pour priver du droit à l'avocat

Ces stipulations précises – articles 12 de la convention n°81 et 16 de la Convention n°129 - sont interprétées dans le sens d'un pouvoir de l'inspection du travail de priver l'employeur de représentation par un avocat.

Le raisonnement de la direction du travail consiste à rappeler d'abord la loi de 1971 sur le droit qu'ont le salarié et l'employeur à se faire assister ou représenter par un avocat²²⁵ : « L'employeur comme le salarié peuvent se faire assister ou représenter par un avocat. La représentation de l'employeur par un avocat peut s'opérer sans qu'une délégation particulière ne lui soit donnée, l'avocat bénéficiant d'une présomption de mandat ». Puis, une exception est faite à ce droit – exception qui, étrangement, ne s'applique qu'à l'employeur, alors que la loi de 1971 vise l'employeur et le salarié : « La possibilité qu'a l'employeur de se faire assister ne saurait toutefois faire échec au pouvoir qui est reconnu à l'inspecteur du travail par l'article 12 de la Convention n°81 de l'OIT et par l'article 16 de la Convention n°129 de l'OIT d'entendre ou d'interroger seul l'employeur pour les nécessités de l'enquête »²²⁶.

²²⁵ Article 6 de la Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques

²²⁶ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 19

B. L'illégalité de cette pratique contraire au droit à un avocat

Il est fondamental que l'administré puisse être représenté ou assisté par un avocat lorsqu'il fait face à l'administration (1). Malgré cela, une interprétation biaisée des textes internationaux prive l'employeur de cette prérogative durant certaines phases de l'enquête contradictoire (2).

1. Le droit fondamental du droit à l'avocat face à l'inspection du travail

Le professionnel qui assiste et représente son client de façon habituelle et rémunérée devant une administration, c'est l'avocat. Le licenciement du salarié protégé ne devrait pas faire exception à cette règle.

Cette exigence a au moins une valeur législative. La loi modifiée n°71-1130 du 31 décembre 1971 a consacré le droit à un avocat dans une procédure diligentée par une autorité titulaire de prérogatives de puissance publique. Pour Jean-Claude Woog, cette loi représente une « *consécration* » du droit à un avocat devant le service public administratif²²⁷.

Le Conseil d'Etat fait appliquer ce droit à un avocat avec une grande rigueur. Ainsi, il a accepté de contrôler un décret pour vérifier qu'il ne faisait pas échec au droit à un avocat face à l'administration : « les dispositions introduites par le décret attaqué à l'article D. 315-1 du code de la sécurité sociale selon lesquelles, lors de l'entretien avec le service du contrôle médical, le professionnel de santé contrôlé peut se faire assister par un membre de sa profession, n'excluent pas que l'intéressé puisse également être assisté par un avocat conformément aux prescriptions précitées de la loi du 31 décembre 1971. Les dispositions attaquées n'ont donc pas illégalement restreint le droit des professionnels concernés à l'assistance d'un avocat »²²⁸. Même en dehors de tout contentieux, le droit à être assisté par un avocat face à l'administration est toujours présent. La Cour de cassation rejoint sur ce point la position du Conseil d'Etat²²⁹, et applique systématiquement la loi de 1971.

Le droit d'être assisté par un avocat face à l'administration est aussi affirmé dans des normes supra-législatives. En effet, le droit d'être assisté par un avocat est rattaché au

²²⁷ Jean-Claude Woog, *Pratique professionnelle de l'avocat*, 1993, Litec, 3^{ème} Edition, p. 168

²²⁸ CE, 29 octobre 2008, Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes, req n°304426

²²⁹ Cass. soc. 7 mai 1991, req n°89-14848

principe des droits de la défense²³⁰. Le Conseil d'Etat a progressivement reconnu que l'édition des décisions individuelles se fait dans le respect des droits de la défense²³¹.

Pour le Conseil d'Etat, cette garantie s'est d'abord formée à travers la théorie des principes généraux du droit en matière de sanction administrative, avec des décisions comme *Trompier Gravier*²³² ou *Aramu*²³³ : « il résulte des principes généraux du droit applicables même sans texte qu'une sanction ne peut être prononcée légalement sans que l'intéressé ait été mis en mesure de présenter utilement sa défense »²³⁴. Plus tard, la garantie des droits de la défense face à l'administration a été étendue aux mesures qui n'ont pas caractère de sanction, mais ont des conséquences graves en raison du fait personnel de l'administré²³⁵. L'autorisation du licenciement du salarié protégé pour motif disciplinaire n'est pas une sanction administrative²³⁶, mais il est assimilable à une mesure qui a des conséquences en raison du fait personnel de l'administré. Le respect des droits de la défense et son corollaire, le droit à l'assistance d'un l'avocat, s'impose donc à cette procédure.

Le droit à l'avocat s'impose d'autant plus devant l'inspection du travail qu'il résulte d'une exigence constitutionnelle. Par sa décision de 2006 relative au contrat première embauche²³⁷, le Conseil constitutionnel applique l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²³⁸ au licenciement pour motif disciplinaire. « Le principe des droits de la défense qui résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789 impose le respect d'une procédure contradictoire dans les cas de licenciement prononcé pour un motif disciplinaire »²³⁹. Le licenciement du salarié protégé pour un motif disciplinaire doit suivre une procédure où les droits de la défense sont garantis. Cette obligation lie aussi l'inspection du travail, dans la mesure où elle participe à la procédure de licenciement.

²³⁰ CE, 23 avril 1963, *Ministre de l'agriculture c/ Sieur Lacour*

²³¹ CE, 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier Gravier*, Req. 133, concl. Chenot

²³² *Idem*

²³³ CE, 26 octobre 1945, *Aramu*

²³⁴ *idem*

²³⁵ CE, 24 avril 1964, *Société anonyme coopérative d'habitation à bon marché de Vichy-Cusset-Bellerive*, Rec. 244 ; CE, 30 avril 1997, *Association nationale pour l'éthique de la médecine libérale*, Rec., 174

²³⁶ La sanction administrative doit être infligée par l'administration ou un de ses délégués

²³⁷ Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006 relative à la loi pour l'égalité des chances

²³⁸ « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée (...) n'a point de Constitution »

²³⁹ Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006 relative à la loi pour l'égalité des chances, 24° Considérant

Cette procédure ne peut obérer les droits de la défense – y compris celui d’être assisté par un avocat.

2. L'impossible contradiction des conventions n°81 et 129 de l'OIT avec le droit à l'avocat

La direction générale du travail invoque certains instruments de l'OIT pour restreindre le droit à un avocat²⁴⁰. Or, interpréter ces textes internationaux dans ce sens est impossible. Cette interprétation suppose soit une dénaturation de la norme internationale et un manquement à l'article 55 de la Constitution (a), soit, en l'absence de dénaturation, une atteinte à la suprématie de la Constitution dans l'ordre interne (b).

a. Le manquement à l'article 55 de la Constitution

Il faut interpréter jésuitiquement les conventions n°81 et 129 de l'Organisation internationale du travail pour y voir une interdiction au droit à être assisté par un avocat. Celles-ci ne confient pas à l'inspecteur du travail le pouvoir de priver le salarié ou l'employeur d'une représentation ou d'une assistance. Elles mentionnent la possibilité de les « interroger, soit seuls, soit en présence de témoins »²⁴¹.

Dans le contexte, « seul » signifie « sans public » et pas « isolé ». L'objectif de ce pouvoir est simplement de pouvoir mener des interrogatoires sans publicité, hors de la pression extérieure, pour que les langues se délient. Il n'est pas question de priver le justiciable de l'assistance d'un avocat qui est tenu au secret professionnel et qui gardera le silence²⁴². Dans cette perspective, les auditions devant l'inspection du travail peuvent ne pas être publiques et impliquer des protagonistes assistés par des avocats.

La direction du travail l'a imparfaitement compris. Aucune de ses circulaires ne mentionne la possibilité d'un entretien du salarié sans son représentant syndical. On aurait pu y voir une heureuse disposition à respecter le droit à être assisté par un conseil devant

²⁴⁰ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 19

²⁴¹ Article 12 de la Convention n°81 de l'OIT et article 16 de la Convention n°129

²⁴² Article 66-5 de la loi no 71-1130 du 31 décembre 1971 : « en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel »

l'administration. Las, elle voit dans les conventions précitées une base pour priver l'employeur d'avocat. Ce faisant, elle dénature la convention pour en faire une fausse application. Elle manque ainsi à la règle contenue dans l'article 55 de la Constitution²⁴³, car elle entend donner une valeur supra-législative à une norme différente de celle qui a été convenue avec les partenaires internationaux de la France.

b. Le manquement à la suprématie de la Constitution dans l'ordre interne

Avec une solide dose d'équivoques et de détours, on pourrait imaginer que l'interprétation de la direction du travail est la bonne : les signataires des conventions n°81 et 129 ont l'intention de doter l'inspection du travail du pouvoir de priver de l'assistance d'un avocat. Malgré cela, la conclusion est la même : il y a, en bout de course, une atteinte à la Constitution.

Le droit à être assisté par un avocat durant la procédure de licenciement du salarié protégé pour motif disciplinaire est fondamental. En effet, il est rattaché à l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen²⁴⁴. Les conventions de l'OIT ne peuvent donc priver du droit à l'assistance d'un avocat pendant l'enquête contradictoire : interpréter ces conventions en violation de la Déclaration de 1789 revient à contredire le principe de primauté de la Constitution dans l'ordre interne²⁴⁵. Le juge administratif devra alors déclarer cette convention anticonstitutionnelle, comme il a su le faire par le passé²⁴⁶

C. La nécessaire promotion de l'accès à un avocat pendant l'enquête contradictoire

En l'absence d'action de l'inspection du travail, plusieurs pistes s'offrent pour que celle-ci cesse de bafouer le droit à un avocat.

Le premier garant des droits fondamentaux est le juge. Il incombe au justiciable de soulever le moyen de la violation du droit à l'assistance d'un avocat durant la procédure

²⁴³ « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie »

²⁴⁴ Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006 relative à la loi pour l'égalité des chances : « Le principe des droits de la défense qui résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789 impose le respect d'une procédure contradictoire dans les cas de licenciement prononcé pour un motif disciplinaire ».

²⁴⁵ CE, 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, Rec. 369

²⁴⁶ CE. Ass., 3 juillet 1996, Koné, Rec. 255

d'enquête contradictoire. Il pourrait être appuyé par l'analyse et le soutien politique du Conseil national aux barreaux, toujours prompt à s'engager pour l'accès au droit²⁴⁷. Ici, l'action du pouvoir législatif semble limitée : même s'il est compétent pour faire évoluer les normes en matière de libertés et droits fondamentaux, on lui opposerait les conventions de l'OIT qui ont une autorité supérieure²⁴⁸.

Un moyen original serait de s'adresser directement à l'OIT, à travers la procédure de réclamation. Fondée sur l'article 24 de la Constitution de l'OIT, elle est adressée au Bureau international du Travail par une organisation professionnelle des travailleurs ou des employeurs. Les conditions de recevabilité de la demande sont très libéralement entendues. « Aucune condition d'importance ou de nationalité n'est prévue par la Constitution. La réclamation est ouverte à toute organisation professionnelle, quels que soient le nombre de ses adhérents et le pays où elle a son siège »²⁴⁹

Le réclamant peut ainsi souligner qu'un Etat membre de l'OIT n'a pas assuré d'une manière satisfaisante l'exécution d'une convention à laquelle il a adhéré. Un conseil d'administration tripartite (salarié-employeur-Etat) doit alors proposer un diagnostic et des solutions au gouvernement mis en cause, comme indiqué sur le schéma ci-dessous²⁵⁰. Ici, la réclamation porterait sur l'application des articles 12 de la Convention n°81 de l'OIT et 16 de la Convention n°129 : autorisent-ils à restreindre le droit à l'assistance d'un avocat face à l'administration ?

²⁴⁷ Comme il l'a fait pour le droit à l'avocat durant la garde à vue : http://cnb.avocat.fr/Dossier-special-Garde-a-vue_r88.html

²⁴⁸ La loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques

²⁴⁹ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/meetingdocument/wcm_041900.pdf [site de l'OIT]

²⁵⁰ http://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/international-labour-standards-creation/WCMS_088447/lang--fr/index.htm [site de l'OIT]

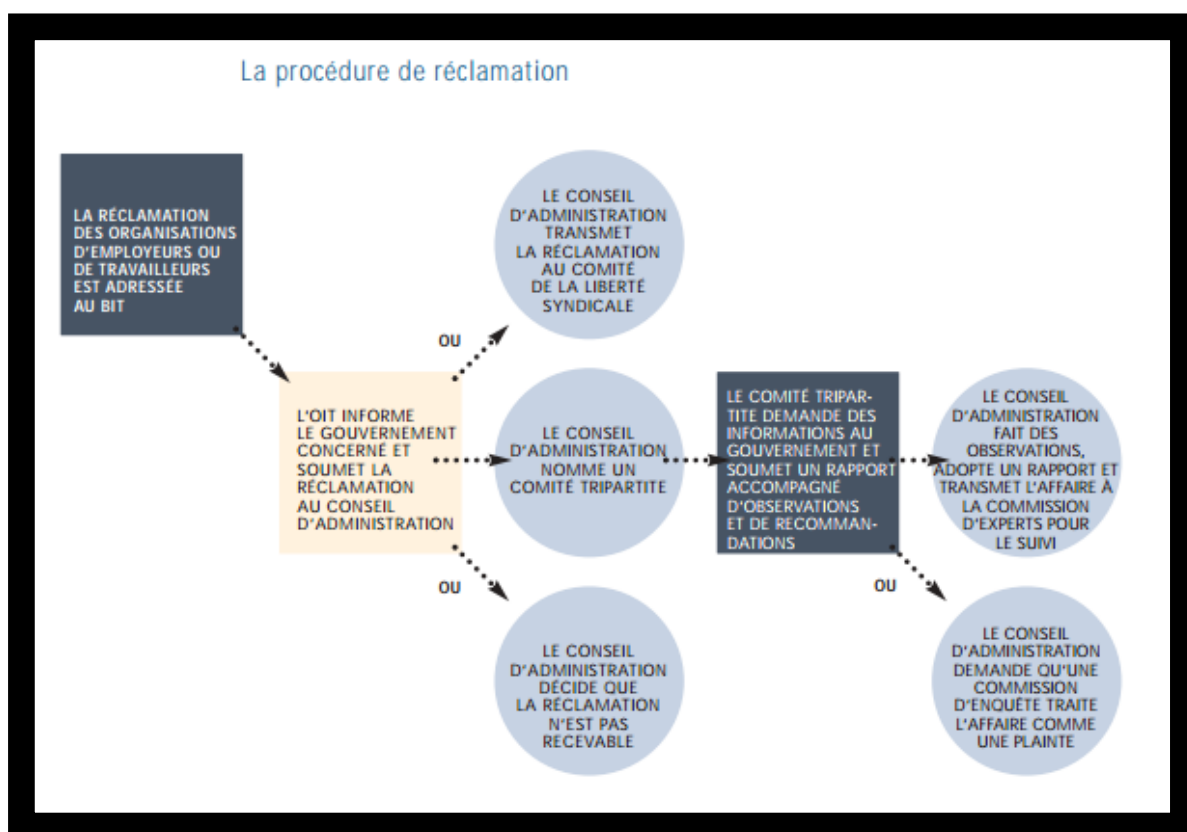


Figure 2 - La procédure de réclamation auprès de l'OIT

§2. L'ENQUÊTE CONTRADICTOIRE CONTRE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT DES ADMINISTRÉS

L'enquête contradictoire est, à de nombreux égards, inégalitaire. Elle établit une différence de traitement entre le salarié et l'employeur. Cette situation peut être contraire au principe d'égalité de traitement des usagers du service public²⁵¹. La contradiction est évidente que l'employeur est privé d'assistance juridique et pas le salarié (A). Aussi, l'enquête est menée suivant une collecte d'indices favorable au salarié (B)

A. L'inégalité dans l'accès à une assistance juridique

L'employeur peut être privé par l'inspecteur du travail de l'assistance d'un conseil juridique (1). Cela n'est pas le cas du salarié (2).

²⁵¹ CE, 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire, Rec. 151

1. L'accès à l'assistance juridique limité pour l'employeur

Comme nous l'avons étudié dans une partie précédente²⁵², l'inspection du travail s'est arrogé le pouvoir d'interroger l'employeur seul, sans avocat. « La possibilité qu'a l'employeur de se faire assister ne saurait toutefois faire échec au pouvoir qui est reconnu à l'inspecteur du travail par l'article 12 de la Convention n°81 de l'OIT et par l'article 16 de la Convention n°129 de l'OIT d'entendre ou d'interroger seul l'employeur pour les nécessités de l'enquête »²⁵³.

Nous avons souligné que l'interprétation des normes de l'OIT par l'inspection du travail était très biaisée, lesdites conventions n'ayant sans doute pas le sens qu'il leur est prêté ici. Ajoutons qu'elle est aussi à géométrie variable. L'inspection du travail n'est pas allé jusqu'au bout de sa logique liberticide : seul l'employeur peut être interrogé sans avocat, pas le salarié protégé.

2. L'accès à l'assistance juridique consacré pour le salarié

En ce qui concerne le salarié, celui-ci n'est pas touché par de telles violations des droits de la défense.

D'une part, il peut bénéficier de l'assistance d'un représentant de son syndicat. Reconnaître cette assistance, c'est aussi appliquer fidèlement les règlements de la République. Les articles R2421-4 et -11 du Code du travail²⁵⁴ disposent que « l'inspecteur du travail procède à une enquête contradictoire au cours de laquelle le salarié peut, sur sa demande, se faire assister d'un représentant de son syndicat ». D'autre part, rien de l'empêche de bénéficier de l'assistance d'un avocat. Du moins, l'inspection du travail n'a manifesté aucune velléité d'agir contre ce droit garanti par la loi de 1971²⁵⁵.

Au total, la direction générale du travail a une conception toute particulière de la hiérarchie des normes. Pour priver l'employeur d'avocat, elle réserve une place de choix à la norme conventionnelle: les conventions précitées de l'OIT priment sur la loi et sur des

²⁵² Voir p. 86

²⁵³ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 19

²⁵⁴ Créés par le Décret n°2008-244 du 7 mars 2008

²⁵⁵ Article 6 de la Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques

principes à valeur constitutionnelle. Toutefois, elle n'applique pas la norme conventionnelle au décret qui fonde le droit du salarié à l'assistance de son représentant syndical. On en déduit la nouvelle hiérarchie des normes ainsi obtenue. Le règlement est au sommet de celle-ci, suivi de la Convention, puis de la Constitution, et enfin des lois.

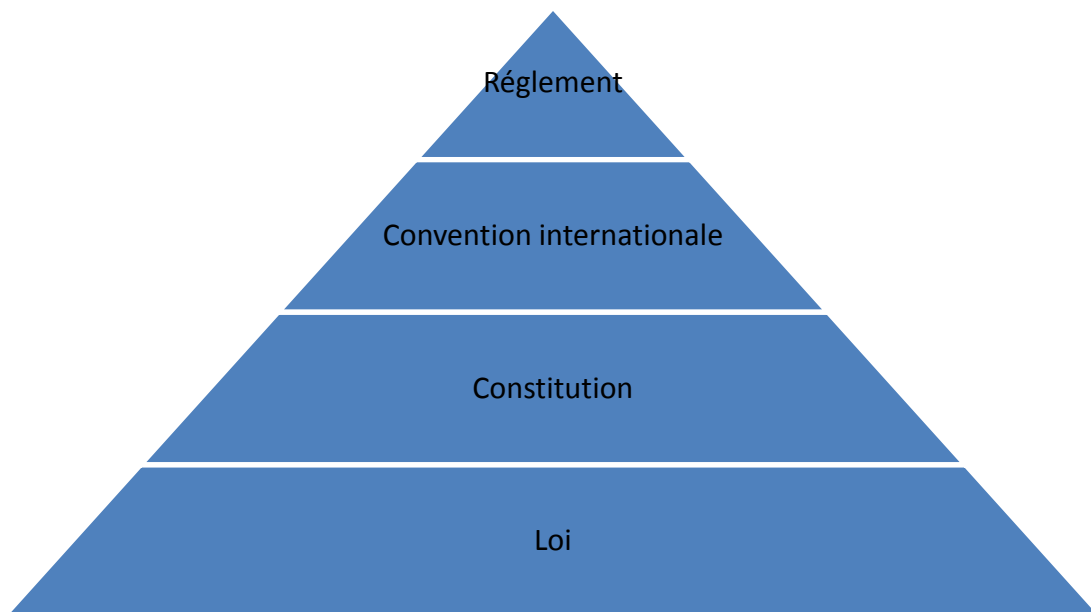


Figure 3 - La hiérarchie des normes selon la direction générale du travail

B. L'investigation à décharge du salarié

La jurisprudence guide l'enquête contradictoire dans un sens favorable au salarié protégé. Elle est inégalitaire aussi bien envers l'employeur qu'envers les salariés ordinaires. L'un est désavantagé dans l'investigation de l'action administrative, les autres voient un de leurs collègues soumis à un traitement préférentiel.

Animé par un souci d'équité, le juge a adopté une jurisprudence qui pardonne aisément des fautes qui, dans d'autres cas, auraient justifié un licenciement. Pour que le licenciement du salarié protégé soit autorisé, sa faute doit atteindre une gravité suffisante²⁵⁶. Cette jurisprudence sera étudiée au cours du premier titre de la deuxième partie.

²⁵⁶ CE, 5 mai 1976, Safer d'Auvergne, Rec. p. 232

SECTION II. LA DECISION DE L'INSPECTION DU TRAVAIL

La décision de l'inspection du travail est très encadrée. Elle doit se plier à des règles de forme comme de fond. Cependant, l'importance réelle de ces prescriptions est inégale. Les exigences de forme ne sont pas si décisives que cela, car leur inobservation n'est pas toujours sanctionnée (I). Les règles de motivation de la décision sont plus capitales, car prescrites à peine de nullité (II).

I. LE CARACTERE RELATIVEMENT INDICATIF DES REGLES DE FORME

Les règles de forme sont loin d'être absolues. Ne pas les respecter ne condamne pas systématiquement la procédure de licenciement du salarié protégé pour motif disciplinaire. On peut le vérifier tant par l'étude de l'importance de la notification (§1) que celle de la structure de la décision (§2).

§1. LA NOTIFICATION SANS IMPORTANCE DE LA DECISION

Il est permis de se demander pourquoi les règles de notification de la décision sont aussi détaillées et précisées (A) si on peut s'en départir sans conséquence réelle (B).

A. Le contenu de l'obligation de notification

La décision doit être notifiée dans un délai restreint (1) et à certains destinataires précis (2).

1. Les délais de notification

Des dispositions réglementaires précisent quels sont les délais de notification. L'article R.2421-11 du Code du travail²⁵⁷ dispose que : « l'inspecteur du travail procède à une enquête contradictoire au cours de laquelle le salarié peut, sur sa demande, se faire assister d'un représentant de son syndicat. L'inspecteur du travail prend sa décision dans un

²⁵⁷ Créé par Décret n°2008-244 du 7 mars 2008 - art. (V)

délai de quinze jours, réduit à huit jours en cas de mise à pied. Ce délai court à compter de la réception de la demande d'autorisation de licenciement. Il n'est prolongé que si les nécessités de l'enquête le justifient. L'inspecteur avise de la prolongation du délai les destinataires de la notification ».

De cette disposition, on déduit trois règles :

- Le délai est de 15 jours sauf en cas de mise à pied où il est réduit à huit jours ;
- Il court à partir de la réception de la demande formée par l'employeur ;
- Et l'inspecteur doit prévenir s'il souhaite prolonger l'instruction.

2. Les destinataires de la notification

La notification se fait nécessairement par lettre recommandée avec accusé de réception, adressée aux parties et au syndicat. Aux termes de l'article R.2421-12 du Code du travail : « La décision de l'inspecteur du travail est motivée. Elle est notifiée par lettre recommandée avec avis de réception : 1° A l'employeur ; 2° Au salarié ; 3° A l'organisation syndicale intéressée lorsqu'il s'agit d'un représentant syndical. »²⁵⁸. Il est possible que l'avocat du salarié ou de l'employeur s'ajoute, à terme, à cette liste de destinataires obligatoires.

B. Les conséquences platoniques d'une absence de notification

Le commissaire du gouvernement Romieu estimait que l'annulation des actes préalables du contrat n'avait qu'une conséquence « platonique »²⁵⁹. On peut reprendre cette expression pour décrire les conséquences d'une absence de notification de la décision de l'inspecteur du travail. Elle n'entraîne pas la nullité de la procédure, mais laisse simplement courir les délais de recours. En effet, la notification sert à faire courir le point le délai de réponse des parties. Sans notification, ce délai ne peut être opposé au destinataire de la décision de l'inspection du travail. Il peut former un recours quand il le souhaite.

²⁵⁸ Créé par Décret n°2008-244 du 7 mars 2008 - art. (V)

²⁵⁹ Conclusions sur CE, 4 août 1905, Martin, Rec. 749

Cette solution est constante dans la jurisprudence. Trois arrêts l'utilisent de manière strictement identique, et reprennent la même expression dans leurs textes : « en l'absence de mention des voies et délais de recours dans la notification de ces dernières décisions, le délai de recours contentieux n'a pas couru »²⁶⁰. C'est bien la seule conséquence envisagée par le Conseil d'Etat. Ne pas avoir précisé les délais et voies de recours dans la lettre de notification revient d'ailleurs à ne pas avoir envoyé du tout la notification. Cette solution est appliquée dans de nombreux domaines, comme la démission de conseillers municipaux²⁶¹ ou le pouvoir de préemption²⁶². Pour le Conseil d'Etat, l'inspection du travail n'a pas à non plus à notifier le délai complémentaire d'instruction. Cet oubli n'entraîne pas la nullité de la décision²⁶³.

§2. LA STRUCTURE DE LA DECISION

Si certains éléments formels de la décision elle-même sont accessoires car leur absence est sans effet sur la légalité de la décision (A), d'autres sont décisifs : les omettre entraîne la nullité de la décision (B).

A. Les mentions sans importance

Comme l'affirme la circulaire DGT relative au licenciement des salariés protégés²⁶⁴, la décision doit mentionner « la demande de l'employeur et le terrain sur lequel elle est présentée, ainsi que les textes applicables (article du Code du travail relatifs à la protection du salarié et aux procédures administrative et interne applicables au cas d'espèce) ». Ces mentions sont sans importance. Les omettre n'a aucun effet. La mention de la demande de

²⁶⁰ CE, 25 janvier 1985, Gutmann, n°63315 ; CE, 22 novembre 2000, Mutuelle interjeunes, req. n° 211285 ; CE ; 14 novembre 2001, Mariot, req. n°230240

²⁶¹ CE, 1^{er} juillet 2005, Ousty, req. n°261002 : « Considérant que la notification de l'arrêté prononçant la démission d'office a été faite par sa remise à l'intéressé, sans indication des voies et délais de recours ; que, par suite, en vertu des dispositions de l'article R.421-5 du code de justice administrative, le délai de recours de dix jours qui lui est imparti par l'article L.236 du code électoral pour contester le bien-fondé de cette décision administrative ne lui était pas opposable »

²⁶² CE, 23 juin 2006, Société Actilor, n°289549

²⁶³ CE, 19 février 1997, Pecoste, n°163586

²⁶⁴ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 102

l'employeur est simplement un rappel. Si elle n'est pas précisée, cela ne justifie pas une annulation de la décision.

De même, ne pas mentionner un texte ou mentionner un texte inexact est, dans chaque cas, considéré comme une erreur matérielle insusceptible d'entraîner l'annulation de la décision. La première solution est clairement affirmée dans un arrêt *Tollari*²⁶⁵ de 1984 : « l'omission du visa d'un texte [d'un acte administratif] ne constitue pas une irrégularité de nature à entraîner l'annulation d'une décision pour excès de pouvoir ». La seconde procède d'une jurisprudence *Arrighi de Casanova*²⁶⁶²⁶⁷ de 1919 : « La circonstance que la décision attaquée a visé (...) un autre texte qui n'était pas applicable dans le cas du sieur Casanova ne saurait entacher d'illégalité la mesure prise à son égard ».

B. Les mentions importantes

Ces mentions sont décisives car prescrites à peine de nullité. Nulle est la décision qui ne vise pas les mandats exercés par le salarié protégé (1) ou n'est pas signée (2).

1. Les mandats exercés par le salarié protégé

Il est capital de viser les mandats exercés par le salarié protégé, sous peine de nullité. Pourquoi donner tant de prix au visa du mandat ? Car si le seul exercice du mandat ne peut justifier le licenciement. Cette prescription est une simple application de l'article R.2421-7 du Code du travail : « l'inspecteur du travail et, en cas de recours hiérarchique, le ministre examinent notamment si la mesure de licenciement envisagée est en rapport avec le mandat détenu, sollicité ou antérieurement exercé par l'intéressé ». Le juge a intégré cette règle, lorsqu'il déclare que « pour opérer les contrôles auxquels elle est tenue de procéder lorsqu'elle statue sur une demande d'autorisation de licenciement, l'autorité administrative doit prendre en compte toutes les fonctions représentatives du salarié »²⁶⁸.

²⁶⁵ CE, 5 novembre 1984, *Tollari*, req. n°50856

²⁶⁶ CE, 10 janvier 1919, *Arrighi de Casanova*, req. p.11

²⁶⁷ Nous tenons à remercier tout particulièrement Madame Claudine Wong du Centre de diffusion de la jurisprudence attaché au Centre de recherche et de diffusion juridiques du Conseil d'Etat. Son aide s'est avérée précieuse pour retrouver les décisions *Tollari* et *Arrighi de Casanova*.

²⁶⁸ CE, 20 mars 2009, *Anani*, req. n°309195

La décision de l'inspecteur du travail qui ne mentionne pas *tous* les mandats exercés par le salarié protégé est réputée méconnaître l'existence de ceux-ci. L'inspecteur du travail ne peut, dans ces conditions, avoir exercé certains contrôles. Il ne sait si des motifs d'intérêt général rendaient inopportun le licenciement²⁶⁹, ou si les faits reprochés étaient d'une gravité suffisante, compte tenu notamment des exigences propres à son mandat²⁷⁰.

L'erreur sur le mandat du salarié protégé est traitée avec la même sévérité, pour les mêmes motifs : « l'erreur sur la nature du mandat exercé par le salarié - mention de sa qualité de délégué du personnel suppléant au lieu de titulaire - tant dans la demande d'autorisation de licenciement présentée par l'entreprise que dans la décision de l'inspecteur du travail, n'a pas mis celui-ci à même de procéder aux contrôles qu'il était tenu d'exercer »²⁷¹.

La différence de conséquence entre l'omission du visa des textes applicables et celle du mandat du salarié protégé est de taille. Dans le premier cas, il ne se passe rien ; dans le second, la nullité de l'acte est prononcée. Elle pourrait être expliquée par l'adage selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi ». L'inspecteur du travail a peut être commis une erreur formelle, mais il est présumé connaître le texte applicable. Il n'est toutefois pas tenu de savoir quel mandat était exercé par le salarié protégé.

2. La signature de l'auteur de la décision

La signature du document est une formalité substantielle de la décision. Elle découle de la volonté de transparence présente dans loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration. Celle-ci dispose que : « dans ses relations avec l'une des autorités administratives mentionnées à l'article 1er, toute personne a le droit de connaître le prénom, le nom, la qualité et l'adresse administratives de l'agent chargé d'instruire sa demande ou de traiter l'affaire qui la concerne ; ces éléments figurent sur les correspondances qui lui sont adressées. Si des motifs intéressant la sécurité publique ou la sécurité des personnes le justifient, l'anonymat de l'agent est respecté »²⁷². Ici, aucune restriction à la transparence n'est justifiée. La signature de la décision de l'inspecteur du

²⁶⁹ CE, 13 décembre 2005, ANT, req. n°277748

²⁷⁰ CE, 22 juillet 1992, Cirelli rec. p. 1348

²⁷¹ CE, 7 décembre 2009, Grece, req. n°315588

²⁷² Loi n°2000-321 du 12 avril 2000, article 4

travail s'impose, dès lors que « toute décision prise par l'une des autorités administratives mentionnées à l'article 1er comporte, outre la signature de son auteur, la mention, en caractères lisibles, du prénom, du nom et de la qualité de celui-ci »²⁷³.

La direction générale du travail, dans son instruction relative au licenciement du salarié protégé tente de s'éloigner de cette norme. Citant une jurisprudence antérieure à la loi DCRA du 12 avril 2000²⁷⁴, elle affirme que l'absence de signature sur une copie de la décision est sans influence sur la décision. « La circonstance que la copie d'une décision ne porterait pas la signature de son auteur est sans influence sur sa légalité »²⁷⁵. Il en résulterait que, si l'administration conservait la décision originale, elle pourrait se dispenser d'en envoyer une copie signée à l'administré.

Après la loi de 2000, le critère de signature d'un document administratif ne résulte pas de son caractère d'original ou de photocopie. Ce document doit être signé dans tous les cas s'il sert à notifier l'administré : « ces éléments [dont la signature] figurent sur les correspondances qui lui sont adressées »²⁷⁶. La décision relative au licenciement notifiée au salarié et à l'employeur doit donc être signée *même si c'est une copie*. La jurisprudence de 1982 invoquée par l'inspection paraît, sur ce point, dépassée par l'état du droit.

II. LE CARACTERE DECISIF DE LA MOTIVATION DE LA DECISION

Le plaideur désireux de critiquer la légalité de la décision de l'inspecteur du travail scrutera avec intérêt la motivation de celle-ci. Il y traquera d'éventuelles brèches pour faire annuler la décision (§1). Mais l'inspection du travail veille à ce que ces décisions ne soient pas annulées : elle a élaboré une stratégie de défense pour laisser très peu de prise à l'annulation (§2).

²⁷³ Idem

²⁷⁴ CE, 11 février 1982, *Le Duff*, req. n°36143

²⁷⁵ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 102

²⁷⁶ Idem

§1. LES FAILLES DE LA MOTIVATION

Deux types de failles sont exploitables pour neutraliser la décision administrative : l'omission des mentions obligatoirement présentes (A) ou la présence de mentions interdites (B).

A. Les mentions obligatoires pour motiver la décision

La motivation de l'autorisation (ou du refus) de licenciement obéit à des canons bien déterminés. Comme la fugue en musique est bâtie sur le schéma exposition-développement-strette²⁷⁷, la motivation doit respecter des passages obligés. Ces prescriptions de motivation proviennent tant des règles propres à tous les licenciements de salarié protégés (1) qu'à celles appliquées au licenciement pour motif disciplinaire (2).

1. Les mentions obligatoires pour tous types de licenciement

La décision doit préciser avec minutie les éléments de fait et de droit justifiant le licenciement (a). Elle justifie aussi scrupuleusement un éventuel motif exceptionnel faisant échec au licenciement (b).

a. Le détail des éléments de fait et de droit justifiant le licenciement

Le juge traite sans aménité la décision qui aborde avec légèreté les éléments de fait et de droit justifiant le licenciement. En effet, il exige de l'inspecteur du travail un exposé soigneux de ces éléments.

Par décision du 29 janvier 1991, l'inspecteur du travail de Rouen avait autorisé le licenciement d'un salarié protégé en se bornant « à faire état de l'avis émis par le comité d'établissement, des dispositions de la convention collective applicable, des éléments recueillis au cours de l'enquête contradictoire et de l'absence de lien entre le licenciement envisagé et les mandats exercés par [le salarié] ». Ne comportant « aucune indication relative à la situation de l'intéressée, ni au motif invoqué pour justifier le licenciement, elle ne [pouvait] être regardée comme suffisamment motivée »²⁷⁸.

²⁷⁷ DANHAUSER Adolphe, *Théorie de la musique* (édition revue et augmentée), Henry Lemoine, 1996

²⁷⁸ CE, 30 octobre 1995, Lancois, req. n°147293

L'inspecteur du travail consciencieux ne se contente pas d'une motivation semblable à une reprise servile d'éléments glanés çà et là au cours de ses investigations. Il doit rendre compte de ses observations, puis ajouter une analyse rigoureuse car précise et étayée. Par exemple, il ne peut se limiter à affirmer qu'il n'y a pas de lien entre le licenciement envisagé et les mandats exercés par le salarié. Invoquer cette absence de lien ne suffit pas à la démontrer. La maxime guidant l'inspection du travail pourrait s'énoncer en ces termes : « idem est non esse et non demonstrari » - ne pas être et ne pas être démontré, c'est tout un.

b. Le détail des exceptions au licenciement du salarié protégé

L'inspection du travail peut faire échec au licenciement du salarié protégé, si l'éviction est en lien avec l'exercice du mandat ou si elle est rendue impossible par un motif d'intérêt général. Si le licenciement est refusé pour ces deux raisons²⁷⁹, la décision de l'inspection du travail doit être particulièrement motivée.

L'administration vérifie l'absence de lien entre licenciement et mandat : « l'inspecteur du travail et, en cas de recours hiérarchique, le ministre examinent notamment si la mesure de licenciement envisagée est en rapport avec le mandat détenu, sollicité ou antérieurement exercé par l'intéressé. »²⁸⁰. La décision de l'inspection du travail comporte donc toujours un considérant sur l'éventuel lien entre licenciement et exercice du mandat²⁸¹.

Lorsqu'un tel lien est constaté et que le licenciement est refusé, la décision de refus est exprimée en termes précis. Une motivation sibylline est à proscrire. Affirmer qu'il existe une discrimination n'équivaut pas à le démontrer. Le juge contrôle donc si « l'inspecteur du travail [n'a] pas indiqué les raisons pour lesquelles il [estime] que la mesure n'était pas dépourvue de liens avec les mandats »²⁸². Dans le cas d'espèce, l'absence de motivation n'avait pas été retenue : « il ressort du dossier soumis aux juges du fond que, dans sa décision, l'inspecteur du travail avait motivé son refus sur la

²⁷⁹ Pour plus de précisions le refus de l'autorisation pour discrimination ou motif d'intérêt général, nous renvoyons le lecteur à la p. 253

²⁸⁰ Code du travail, articles R.2121-7 à et R.2421-16 créés par le décret n°2008-244 du 7 mars 2008 – article (V)

²⁸¹ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 103

²⁸² CE, 13 juillet 2010, Lauzet, req. n°329459

circonstance que les fautes reprochées au salarié n'étaient pas établies. Ainsi, l'inspecteur du travail, qui a suffisamment motivé sa décision sur ce point, n'était pas tenu de se prononcer en outre sur la question du lien entre le licenciement et les différents mandats détenus par [le salarié protégé] »²⁸³.

Ensuite, l'administration peut refuser le licenciement pour motif disciplinaire pour un motif d'intérêt général : « l'autorité administrative a la faculté de retenir des motifs d'intérêt général relevant de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité, sous réserve qu'une atteinte excessive ne soit pas portée à l'un ou l'autre des intérêts en présence »²⁸⁴. Ce motif est dérogatoire : il n'est pas appliqué systématiquement. Invoquer l'intérêt général impose une double démonstration de la part de l'inspecteur. Il doit d'abord exposer quel est l'intérêt général qui serait lésé par le licenciement²⁸⁵. Dans un deuxième temps, il doit vérifier si la préservation de cet intérêt général ne porte pas d'atteinte excessive aux intérêts légitimes de l'employeur : « l'autorité administrative a la faculté de retenir des motifs d'intérêt général relevant de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité, sous réserve qu'une atteinte excessive ne soit pas portée à l'un ou l'autre des intérêts en présence ».²⁸⁶

2. Le constat d'un fait fautif obligatoire en cas de licenciement pour motif disciplinaire

Constater la faute se fait en plusieurs étapes. Il faut d'abord établir la matérialité des faits retenus contre le salarié. Dans le cas contraire, le juge pourrait annuler la décision. Une décision de l'inspecteur du travail ne peut être regardée comme suffisamment motivée si elle ne précise ni la nature des faits reprochés ni si ces derniers revêtent le caractère de fautes suffisamment graves pour justifier un licenciement²⁸⁷.

La seule circonstance que les faits soient matériellement établis ne suffit pas à justifier un licenciement disciplinaire. Ces faits ne peuvent être fautifs que sous une condition restrictive : « un fait fautif ne peut s'entendre que d'un fait du salarié contraire à

²⁸³ Idem

²⁸⁴ CE Ass., 5 mai 1976, Société d'aménagement foncier et d'établissement rural d'Auvergne et Ministre de l'agriculture c. Bernette, rec. 232

²⁸⁵ Par exemple, si le licenciement du salarié protégé fait disparaître toute représentation collective au sein de l'entreprise (CE, 22 juin 1987, Le Marec, req. n°74627)

²⁸⁶ CE, 9 octobre 1987, Ghazi, rec. p. 309

²⁸⁷ CE, 29 mai 1987, Benin, req. n°72669

ses obligations à l'égard de l'employeur »²⁸⁸. L'administration doit donc rattacher les faits allégués à un manquement du salarié vis-à-vis de son employeur. Ce manquement peut prendre la forme d'une faute d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement – la qualification de « cause réelle et sérieuse » ou de « faute grave » étant réservée au juge judiciaire²⁸⁹.

La direction du travail déclare qu'il ne peut en être autrement, que « les faits allégués doivent avoir été commis dans le cadre de l'exécution du contrat de travail »²⁹⁰. Elle prend ainsi acte d'un arrêt *Patarin*²⁹¹ de 2005. Celui-ci sort du champ disciplinaire le licenciement de salarié protégé pour des faits situés hors de l'exécution du contrat de travail. Ces faits sont qualifiés de troubles objectifs et non plus de faute. Formellement, il ne s'agit pas d'un licenciement disciplinaire – bien que dans les faits, cela revienne au même²⁹². Donc, dans sa motivation, l'administration ne peut qualifier un licenciement pour des faits extérieurs au contrat de travail de « disciplinaire ».

B. Les mentions interdites dans la motivation

La motivation ne peut aborder certains points, au risque de condamner la décision à la censure du juge. Là aussi, il existe des interdictions propres à tous types de licenciement (1), et d'autres spécifiques au licenciement pour motif disciplinaire (2).

1. Les mentions interdites pour tous types de licenciement

Sauf en cas de rupture amiable pour motif économique et ou de rupture conventionnelle, le licenciement du salarié protégé n'implique pas l'accord de ce dernier. Il importe peu que le salarié souhaite ou non quitter l'entreprise. L'inspection du travail ne peut donc, pour la plupart des motifs de licenciement, faire référence à l'accord exprès du salarié. Le cas contraire, elle exercerait un contrôle qu'elle n'est pas tenue de faire. La

²⁸⁸ Cass. Soc., 4 juillet 2000, Maury c. Société SOVAB, Bull. n° 263

²⁸⁹ CAA Bordeaux, 31 octobre 2007, S.A. Bodycode Hit, n° 05BX00338 ; CAA Paris, 6 décembre 2010, Biribin Limousines, n°05PA02486

²⁹⁰ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 104

²⁹¹ CE, 4 juillet 2005, Patarin : n° 272-193, rec. 306, RJS 2005 n° 1121

²⁹² Le premier chapitre du titre I de la deuxième partie est consacré à la démonstration de cette affirmation : voir p. 152

décision de l'inspecteur du travail uniquement fondée sur le constat d'une volonté du salarié de partir est passible de censure du juge : « l'inspecteur du travail de Toulouse s'est fondé uniquement sur le souhait de l'intéressée de ne pas contester son licenciement et la difficulté de maintenir les relations contractuelles (...). A supposer ces circonstances établies, il n'en était pas moins tenu de rechercher si, eu égard à l'ensemble des règles applicables au contrat de travail, aux caractéristiques de l'emploi d'étalagiste qu'occupait Mlle X..., aux exigences propres à l'exécution normale de son mandat, et à la possibilité d'assurer son reclassement, l'inaptitude de l'intéressée était de nature à justifier son licenciement ; que faute pour l'administration d'avoir procédé aux vérifications auxquelles elle était tenue, la décision autorisant le licenciement de Mlle X... est entachée d'illégalité »²⁹³.

La décision de l'inspection du travail encourt tout autant l'annulation si elle pose une condition. C'est-à-dire, si elle autorise ou refuse le licenciement, à la condition que certaines diligences soient accomplies. Le juge est très net sur ce point. Il souhaite de la clarté : soit une autorisation, soit un refus. Il appartient à l'autorité administrative, lorsqu'elle est saisie d'une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié investi d'un mandat représentatif et bénéficiant à ce titre d'une protection exceptionnelle, soit d'accorder soit de refuser l'autorisation sollicitée. Elle ne satisfait pas à cette obligation en assortissant son autorisation d'une condition imprécise²⁹⁴. Cette solution du Conseil d'Etat s'inscrit aujourd'hui dans la logique de la sécurité juridique portée par une jurisprudence plus récente²⁹⁵.

Enfin, l'inspection du travail ne doit pas voler au secours de la demande de l'employeur (elle ne se distingue pourtant pas fréquemment, on le constate, par ses éruptions de bonté vis-à-vis de celui-ci). Si la demande est mal fondée, l'inspection du travail ne doit pas la requalifier ou compenser son manque de motivation. S'il ressort que la demande d'autorisation de licenciement ne comporte l'énoncé d'aucun motif justifiant l'engagement de la procédure de licenciement, l'autorité administrative peut légalement rejeter la demande d'autorisation de licenciement dont elle était saisie. Ne peut être regardé

²⁹³ CE, 1^{er} février 1995, Société Midica, req. n°143661 ou, dans le même sens, CE, 17 octobre 1997, Banque industrielle et immobilière privée, req. n°162597

²⁹⁴ CE, 19 juin 1992, Mutuelle générale des PTT, req. n°107788

²⁹⁵ CE, Ass., 24 mars 2006, Société KPMG et autres, req. n°288460 et s.

comme tenant lieu d'un tel énoncé le renvoi à des pièces justificatives jointes, telles que le procès-verbal de la réunion au cours de laquelle le comité d'entreprise a été consulté²⁹⁶.

2. L'atteinte à la présomption d'innocence en cas de licenciement pour motif disciplinaire

Le licenciement disciplinaire est parfois fondé sur des faits graves. A tel point qu'il arrive que son auteur soit pénalement réprimé pour les avoir commis. L'inspecteur du travail ne doit pas s'y méprendre. Si l'instance pénale est en cours, il ne décide pas avant que le juge répressif ne statue : il ne peut donner une qualification pénale aux faits. L'inspecteur du travail s'en tient à une approche des faits en termes de gravité suffisante pour justifier une rupture du contrat de travail.

Il en va de la préservation de la présomption d'innocence garantie par l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²⁹⁷. Le juge examine la décision pour voir si elle ne contredit pas ce principe : « il résulte des termes mêmes de l'autorisation de licenciement que l'inspecteur du travail s'est fondé exclusivement sur la gravité des faits établis par son enquête et non pas sur la qualification pénale que ces faits auraient été susceptibles de recevoir »²⁹⁸.

§2. UNE STRATEGIE DE DEFENSE AU SEUL BENEFICE DU SALARIE

Face à toutes ces menaces d'annulation par le juge, la direction du travail a établi une stratégie de défense. Il s'agit d'une défense semblable à celle dont Sun Tzu s'était fait le chantre lorsqu'il conseillait aux généraux d'« être victorieux en secret »²⁹⁹ ou « obscurs comme les ténèbres »³⁰⁰. Le principe d'obscurité dirige la protection de la direction du travail lorsqu'elle souhaite se garder de l'annulation contentieuse.

La direction du travail prescrit à l'inspection du travail, « *si elle se prononce dans le sens d'un refus*, de se limiter à constater le vice substantiel qui entacherait la procédure

²⁹⁶ CE, 20 mars 2009, Société le Vigilant Hermès Protection, req. n

²⁹⁷ « Tout homme [est] présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable »

²⁹⁸ CE, 7 mai 1997, Nicolai, req. n°159430

²⁹⁹ Sun Tzu, L'art de la guerre, article V.

³⁰⁰ Idem, article VII

interne suivie par l'entreprise sans que l'inspecteur du travail ait à faire porter son contrôle sur les motifs invoqués à l'appui de la demande. A défaut d'irrégularité, il lui appartient de ne retenir que le ou les seuls motifs qu'il estime devoir emporter sa conviction de manière certaine, sans se prononcer subsidiairement sur ceux pour lesquels il pourrait avoir un doute, sous peine de fragiliser l'ensemble de sa décision si le ministre ou le juge devaient faire de ces derniers éléments une appréciation différente »³⁰¹.

On ordonne donc à l'inspecteur du travail une économie de moyens lorsqu'il refuse une demande de licenciement. Celle-ci évite une surexposition de la décision à l'annulation, et, de surcroît, fournit moins de pistes au défendeur pour une éventuelle contestation. Cette directive serait acceptable si elle n'était pas destinée aux seuls cas de *refus* d'autorisation de licenciement. Si des moyens exceptionnels sont déployés pour garder la décision de refus de licenciement, ils ne le sont pas pour l'autorisation de licenciement. Pour la direction générale du travail, nul besoin de s'évertuer à garantir la solidité juridique des autorisations de licenciement. Les intérêts du salarié sont protégés, mais pas ceux de l'employeur. Il s'agit là d'une autre différence de traitement une nouvelle fois contraire au principe d'égalité de traitement des usagers devant le service public³⁰².

³⁰¹ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 104

³⁰² CE, 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire, Rec. 151

CONCLUSION CHAPITRE II

Le travail de l'inspection du travail apparaît orienté dans le sens d'une préservation des intérêts du salarié protégé. Autant dans l'enquête contradictoire que dans la décision de l'inspection du travail, l'employeur est désavantagé. Ce déséquilibre est extrêmement marqué. Il n'est pas justifié par des considérations d'équité et, en définitive, le principe d'égalité en ressort diminué.

CONCLUSION TITRE I

Pour contenir les élans licenciés de l'employeur, l'action de l'inspection du travail s'axe autour de deux stratégies. La première consiste à couvrir l'ensemble des salariés protégés par des règles de compétence très extensives. On ne peut y voir une manœuvre illégitime, car il s'agit simplement de protéger l'ensemble des salariés exposés. C'est dans un second temps, lors de l'enquête et de la décision finale, que l'inspection du travail prouve qu'elle est prête à utiliser des méthodes à la limite de la légalité : non-respect du contradictoire, privation de l'employeur d'un avocat, détournement du sens des conventions de l'OIT. Pour le moment, ces conduites indignes de l'administration sont avalisées par le juge.

TITRE II.

LA FAUTE DU SALARIE PROTEGE DANS LE RECOURS DES PARTIES

La procédure du licenciement du salarié protégé peut s'arrêter après la décision de l'inspecteur du travail. Ce dernier a autorisé ou non le licenciement du salarié protégé. Les deux parties, employeur et salarié, s'en accommodent très bien, constatent la sagesse de l'administration et exécutent sa sentence.

Ce scénario n'est pas des plus courants. La décision de l'inspection frustre nécessairement l'un des deux protagonistes : soit l'employeur qui n'a pas pu mettre fin à un contrat de travail qu'il jugeait nécessaire de rompre, soit le salarié qui a été, selon lui, injustement licencié pour une faute insuffisante ou inexistante. L'un ou l'autre désire contester la logique du gardien de la légalité qu'est l'inspection du travail. Se pose alors la question suivante : « qui garde le gardien »³⁰³ ? Qui sera là pour censurer l'inspection du travail, si elle vient commettre une erreur ? De nombreux recours sont disponibles pour débattre de la décision concernant le licenciement. Ils désignent l'administration elle-même et le juge administratif capables de « garder le gardien ». Il faudra se plier à leur décision, même si elle implique le retour sur l'autorisation ou le refus originel.

Il est aussi possible que le licenciement ait eu lieu sans intervention de l'inspection du travail. Là encore, il n'est guère courant que le salarié protégé se satisfasse d'un procédé aussi illégal. Il le contestera devant le juge judiciaire (le Conseil de prud'hommes) pour demander sa réintégration et le versement d'indemnités.

L'ensemble décrit ci-dessus constitue les moyens d'action contre le licenciement ou le refus de licenciement. Il brille par sa complexité créatrice d'une inertie qui, à terme,

³⁰³ Question formulée par Juvénal, dans sa sixième satire appelée Les femmes romaines : « audio, quid veteres olim monetatis amici ; Pone seram ; cohibe. *Sed quia custodiet ipsos Custodes ?* Cauta est, et ab ellis incipit uxor ». (« J'entends déjà, dit-il, les conseils qui vont donner les vieux amis : mettez des verrous, faites garder les portes. Mais qui gardera les gardiens ? La femme est rusée ; c'est par ceux-là qu'elle commence »).

prévient le licenciement du salarié protégé. Ensuite, il est générateur d'une grande insécurité juridique, car il définit la décision de l'inspection du travail comme contingente.

Ces caractéristiques du contrôle des décisions relatives au licenciement doivent être constatées, avec un examen des voies de recours disponibles (Chapitre I), puis une étude des conséquences d'une annulation du juge (Chapitre II).

CHAPITRE I. LES VOIES DE RECOURS DISPONIBLES

Malgré son caractère fondamental³⁰⁴, le droit au recours ne doit pas s'analyser strictement selon la possibilité de saisir le juge administratif en cas de litige avec l'administration. Le thème du contrôle du licenciement du salarié protégé nous instruit sur la pluralité des recours en cas d'action ou d'inaction de l'administration. Avant de saisir le juge administratif, un justiciable insatisfait de la décision de l'inspection du travail disposera de recours administratifs, comme le recours gracieux ou hiérarchique. Dans le cas où l'inspection du travail n'a pas été saisie et n'a pas agi, le salarié protégé injustement licencié pourra se tourner vers le juge judiciaire pour demander sa réintégration et le versement d'indemnités. On voit bien que le juge administratif n'est pas la seule destination du droit au recours. Cette prolifération n'est d'ailleurs pas toujours bénéfique. Le grand nombre de voies de recours n'est pas un gage d'efficacité de la contestation : certains de ces recours sont très rarement suivis d'effets. La diversité des recours s'oppose à la lisibilité du système. Le justiciable non juriste est sans doute perdu quand on lui demande de distinguer le recours hiérarchique du recours gracieux. Enfin, cette pluralité est un coût budgétaire, car elle exige de l'administration un investissement financier pour coordonner ses services face aux différents recours.

Ces multiples voies de recours peuvent s'analyser selon la nature des organes chargés du contrôle. Il y a, d'un côté, tous ceux qui ne sont pas juges administratifs : l'administration et le juge judiciaire interviennent dans l'examen de l'action ou de l'absence d'action de l'inspection du travail (Section I). Ensuite, la procédure devant la juridiction administrative prend une place si prépondérante qu'elle mérite une place à part pour en comprendre le déroulement (Section II).

³⁰⁴ CE Ass. 17 févr. 1950, Dame Lamotte, Rec. 110. Cet arrêt consacre le recours pour excès de pouvoir comme ouvert même sans texte contre tout acte administratif en vue d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité.

SECTION I. LA PHASE SANS JUGE ADMINISTRATIF

La phase sans juge administratif ne doit pas être entendue comme un prérequis à la saisine du juge administratif. Les recours gracieux et hiérarchiques ne présentent pas de caractère obligatoire³⁰⁵ : la phase contentieuse peut être entamée sans qu'ils aient eu lieu (I). Le recours devant le juge judiciaire³⁰⁶ est lui totalement distinct du contentieux administratif, car il concerne les salariés protégés évincés sans que l'intervention du travail ne soit intervenue (II).

I. LA MISE EN ECHEC ADMINISTRATIVE

La décision de l'inspection du travail est obligatoirement défavorable à l'une des parties : soit au salarié protégé, soit à l'employeur. Par deux voies de recours différentes, ces derniers peuvent solliciter de la bienveillance de l'administration une annulation de sa décision. L'administration peut aussi, de sa propre initiative et dans certaines conditions de procédure et de délai³⁰⁷, retirer la décision si elle constate certaines irrégularités.

Que retenir de ce système de mise en échec administrative, si ce n'est qu'il est très imparfait ? Il y règne une grande inégalité : les initiatives des administrés sont souvent vouées à être stériles tandis que celles de l'administration seront toujours suivies d'effets (§1). La prolifération des recours génère aussi un coût administratif certain (§2). Un système alternatif plus économe doit donc être proposé (§3).

§1. L'INEGALITE DANS LA MISE EN ECHEC DE L'AUTORISATION PAR L'ADMINISTRATION

Cette inégalité résulte d'un contraste saisissant entre, d'une part, l'inefficacité du recours initié par l'administré (A) et, d'autre part, la capacité qu'à l'administration de retirer à volonté sa décision (B).

³⁰⁵ CE, 5 septembre 2008, Société SAPA Profilés Puget, req. n°303707

³⁰⁶ Plus exactement : devant le conseil de prud'hommes

³⁰⁷ Les délais sont précisés par CE, 3 novembre 1922, Dame Cachet, Rec. p. 790 et CE, Ass., 26 octobre 2001, Ternon, req. n° 197018, rec. p. 497

A. Le rare succès d'un recours formé par l'administré

La demande à l'administration tendant à l'annulation de l'autorisation n'a que peu de chances d'aboutir, malgré la multiplicité des recours disponibles : recours gracieux (1) et recours hiérarchique (2).

1. Le recours gracieux, libéralement ouvert mais voué à l'échec

D'apparence libérale (a), le recours gracieux ne demeure qu'une voie de droit rarement suivie d'effet (b).

a. L'apparence libérale du recours gracieux

Le recours gracieux est la demande, présentée à l'inspection du travail, en vue d'obtenir l'annulation ou le retrait de la décision relative au licenciement du salarié protégé. Ce recours est très ouvert : les exigences d'intérêt à agir sont basses, et les délais de mise en œuvre sont inexistantes. L'intérêt à agir par recours gracieux contre une décision de l'inspection du travail appartient à toutes les personnes concernées directement ou indirectement par le licenciement : employeur, salarié et même syndicat auquel appartient le salarié protégé³⁰⁸.

Il n'y a aussi pas de condition de délais pour former un recours gracieux³⁰⁹ (même s'il y a des délais pour le retrait, cf. infra) : « doit être combattue avec force l'idée reçue – hélas fort répandue dans l'administration – que les recours administratifs de droit commun doivent être obligatoirement formés dans le délai de deux mois de recours contentieux »³¹⁰. Bien entendu, « le recours gracieux doit être introduit dans le délai du recours contentieux pour conserver à son auteur le bénéfice de ce délai dans le cas où il ferait l'objet d'une

³⁰⁸ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 119

³⁰⁹ Idem

³¹⁰ J. MICHEL, Les recours administratifs gracieux, hiérarchiques et de tutelle, La Doc. Française, 1996, p. 76 et s. ; Cité par Dominique Maillard Desgrées du Loû, Droit des relations de l'administration avec l'usager, 2000, 1^{ère} édition, p. 521

décision de rejet »³¹¹. Cette règle jurisprudentielle favorise le chaînage des recours³¹². L'administré forme un recours gracieux d'abord. Le délai du recours contentieux est conservé, afin que l'exercice de ce recours suive directement le recours administratif. On comprend aussi qu'il est dans l'intérêt du justiciable de présenter son recours gracieux dans le délai du recours contentieux : le recours gracieux est appuyé par la perspective d'un possible recours contentieux contre la décision.

Enfin, le fond du recours lui-même est lâchement défini. Il est seulement demandé à l'administré demandeur d'une grâce de l'inspection du travail de solliciter une annulation du retrait. Par exemple, une lettre qui sollicite l'avis du ministre de la santé sur la question de savoir si un décret est applicable à l'exercice de la pharmacie hospitalière ne demande pas l'annulation de ce décret : elle ne présente pas le caractère d'un recours gracieux³¹³. Le même sort est réservé à toute demande qui ne contient aucune conclusion précise tendant à l'annulation d'une décision du directeur général du travail en tant que cette dernière ne reconnaît pas le caractère d'établissement distinct à des antennes locales³¹⁴. Enfin, le recours gracieux n'est pas obligatoirement fondé sur des moyens : il peut en être dépourvu et demeurer tout de même recevable³¹⁵.

b. le caractère illusoire du recours gracieux

Il importe peu, en réalité, que le recours gracieux soit si ouvert, avec peu de condition d'intérêt à agir, de délai ou de forme. Il est rarement suivi d'effets. Rien d'étonnant dans cette ineffectivité : le principe du recours gracieux impose à l'inspecteur du travail de se désavouer lui-même.

Le recours gracieux est aussi très trompeur sur les délais exposés à l'administré. Il peut être présenté sans conditions de délais. Toutefois, l'inspecteur du travail est, lui, lié

³¹¹ CE, sect. 20 avril 1956, Ecole professionnelle de dessin industriel, Rec. p. 163 ; CE, 25 juil. 1985, Ministre du travail et de la participation et Sté des établissements Brossette c/ Gonalons et Martin, n° 19.417 et 19.589 ; CE, 29 déc. 2004, n° 259.085, Sté Laboratoire GlaxoSmithKline, Rec. p. 469

³¹² Par exemple, l'exercice des voies de recours gracieux puis hiérarchique conserve les délais de recours (CE, 7 décembre 2009, Ouahrirou, n°322581)

³¹³ CE, 21 mai 1986, Syndicat national des pharmaciens des hôpitaux des centres universitaires, Rec. p. 146, req. n° 48495 et 53048

³¹⁴ CE, 8 novembre. 1993, Syndicat CGT du Crédit du Nord, n° 105373

³¹⁵ CE, 20 fév. 1963, Rubin

par les délais de retrait de la décision : deux mois après la décision implicite de rejet³¹⁶, ou quatre mois suivant la décision expresse³¹⁷. Le salarié protégé ou l'employeur désireux de former un recours gracieux doit donc comprendre que son recours gracieux n'est jamais hors délai, mais que la capacité de retrait de la décision de l'inspecteur du travail peut l'être.

2. Le recours hiérarchique, moins ouvert mais plus fructueux

Le recours hiérarchique est un peu plus difficile à mettre en œuvre car ses conditions de recevabilité sont plus restrictives (a). Il est aussi plus souvent suivi d'effet, même si le rejet des recours est la solution majoritaire (b).

a. Les conditions de recevabilité plus contraignantes du recours hiérarchique

Le recours hiérarchique contre l'autorisation de licenciement est recevable sous trois conditions. Il doit être destiné au supérieur hiérarchique de l'émetteur de la décision litigieuse³¹⁸, tendre à l'annulation de la décision litigieuse et, contrairement au recours gracieux, être présenté dans les délais précisés par le Code du travail.

Cette limite de délai restreint davantage la possibilité du recours hiérarchique. Aux termes de l'article R.2422-1 du Code du travail : « le ministre chargé du travail peut annuler ou réformer la décision de l'inspecteur du travail sur le recours de l'employeur, du salarié ou du syndicat que ce salarié représente ou auquel il a donné mandat à cet effet. *Ce recours est introduit dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision de l'inspecteur* ». Ce délai peut être prorogé jusqu'au prochain jour ouvrable s'il expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, en application de l'article 642 du Code de procédure civile³¹⁹. Il peut aussi être augmenté d'un délai de distance, d'un mois par exemple si le requérant demeure dans une collectivité ultramarine³²⁰.

³¹⁶ CE, 3 novembre 1922, Dame Cachet, rec. p. 790

³¹⁷ CE, Ass., 26 octobre 2001, Ternon, req. n° 197018, rec. p. 497

³¹⁸ Même si, en cas d'erreur et d'envoi à une autorité administrative incompétente, cette dernière est tenue de transférer la demande à l'autorité administrative compétente (Loi n°2000-321 du 12 avril 2000, article 20)

³¹⁹ CE, 3 novembre 1989, S.A. OTP Xerox, req. n°93172

³²⁰ Les délais de distances pour les demandes portées devant les juridictions et prévus par les articles 643 et 644 du Code de procédure civile s'appliquent alors aux délais pour présenter les recours hiérarchiques. Hubert Rose, Yves Struillou, Droit du licenciement des salariés protégés, Economica, 2011, p. 1047

Le délai n'est en revanche pas opposable si l'administration n'a pas indiqué au requérant la possibilité d'user de cette voie de recours. L'absence de notification de la décision contenant l'énoncé de cette voie ou l'omission de la mention du recours hiérarchique sur ladite décision rendent le délai inopposable. En effet, « en l'absence de mention des voies et délais de recours dans la notification de ces dernières décisions, le délai de recours contentieux n'a pas couru »³²¹.

b. Les fortes chances d'échec

Contrairement au recours gracieux, nous disposons de statistiques³²² pour étudier le recours hiérarchique. Nous y constatons que le rejet du recours hiérarchique est la solution dominante observée, ce qui est également confirmé par une autre analyse³²³. Au total, dans 75% des cas, les prétentions du requérant sont rejetées. L'étude de la DARES précise aussi que le rejet est plus fréquent pour des décisions de refus de licenciement que pour des décisions d'autorisation de licenciement³²⁴ : le ministre utilise plus souvent son pouvoir hiérarchique dans le sens des intérêts du salarié.

Tableau 1- Les décisions du Ministre du travail en 2002 sur recours hiérarchique contre les décisions relatives au licenciement des salariés protégés

DÉCISION ministérielle	TOTAL confirmations	ANNULATIONS	IRRECEVABLE	DÉSISTEMENT
Autorisation	162	81	19	21
Refus	448	186	35	97
Total	610	267	54	118

³²¹ CE, 25 janvier 1985, Gutmann, n°63315 ; CE, 22 novembre 2000, Mutuelle interjeunes, req. n° 211285 ; CE ; 14 novembre 2001, Mariot, req. n°230240

³²² Proposées par la DARES dans le Bulletin Officiel du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle No 2003/18 du dimanche 29 février 2004

³²³ T. BREDAS, Le licenciement du salarié protégé, Paris School of Economics, 2009 : « lorsqu'il y a recours hiérarchique, le ministre confirme souvent la décision de l'inspection du travail » (http://www.parisschoolofeconomics.com/breda-thomas/working_papers/lic_protec.pdf)

³²⁴ Etude précitée de la DARES, où on voit un écart de 5% entre les décisions relatives à l'autorisation de licenciement et celles relatives au rejet, ces dernières étant plus susceptibles d'être confirmées.

Comment expliquer cette propension qu'ont les services des ministres du travail à éconduire les requérants ? La théorie économique de la firme³²⁵ propose une piste de réflexion à ce sujet. Le ministère poursuit une stratégie de minimisation des coûts³²⁶ qui a établi une norme : rejeter les recours pour diminuer les coûts de traitement, un rejet demandant une argumentation moins soutenue qu'une annulation. Néanmoins, le ministère demeure distinct sur le plan organisationnel de l'inspection du travail. D'où une capacité, dans 25% des cas, à réformer les décisions manifestement infondées de l'inspection du travail.

B. L'administration capable de retirer sa propre décision

Sur demande de l'administré, l'inspecteur du travail peut retirer sa propre décision. Néanmoins, il peut le faire de son propre chef : il y a une différence marquante entre l'administration et l'administré sur ce point, la première jouissant de l'initiative du retrait.

Pour retirer la décision relative au licenciement du salarié protégé, l'inspection du travail doit arguer d'un motif légitime (1) et observer certaines règles de forme (2). Tout retrait lui imposera de prendre une nouvelle décision (3).

1. Les motifs du retrait d'office

La décision de l'inspection du travail crée des droits soit pour l'employeur, soit pour le salarié protégé. Le refus d'autoriser le licenciement crée des droits au profit du salarié. Cette décision ne peut être retirée que pour des motifs de légalité, compte tenu des circonstances de fait et de droit existant à la date à laquelle s'est prononcé l'inspecteur du travail^{327/328}.

³²⁵ M. CHAUDEY, La théorie de la firme, Site internet de l'Ecole Normale Supérieure de Lyon, 2011 (<http://ses.ens-lyon.fr/les-theories-de-la-firme-137664.kjsp>). Alors que la firme est, dans la théorie néoclassique, assimilée à une « boîte noire » ou ramenée au comportement d'un entrepreneur individuel, la théorie de la firme tente de répondre aux questions suivantes : qu'est-ce qu'une firme ? Et le fonctionnement de la firme en soi peut-il influencer sur le marché ?

³²⁶ Stratégie décrite par R. JARDAT, « How democratic internal law leads to low cost efficient processes : practices as a medium of interaction between institution and organization », *Society and Business Review*, Vol 3, n°1.

³²⁷ CE, Sect., 6 juillet 1990, Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle contre Mattéi et Société Edi 7, req. n°100489 et 101053

L'inspection du travail est tenue de retirer sa décision au moment où elle constate son illégalité. L'obligation du retrait d'office de la décision manifestement illégale est le fruit d'une jurisprudence plusieurs fois réaffirmée. Ainsi, l'inspecteur du travail qui a assorti son autorisation de licenciement de la condition que les modalités de départ tiennent compte de la situation personnelle du salarié a entaché d'illégalité sa décision. Il était donc tenu de procéder à son retrait³²⁹. Il en va de même pour un inspecteur qui prend conscience, après coup, de son incompétence territoriale pour instruire et décider d'une autorisation de licenciement : il est tenu de rapporter, dans les délais de recours, cette décision illégale³³⁰. L'existence d'un recours hiérarchique ne fait pas obstacle à ce que l'inspecteur du travail rapporte, dans le délai de recours pour excès de pouvoir, une décision illégale³³¹.

Dans ce contexte, l'inspection du travail paraît liée et dotée d'un faible pouvoir de décision. En réalité, elle retire la décision si elle l'estime illégale, suivant sa propre appréciation. Elle est donc parfaitement libre, au moins jusqu'au contrôle du juge administratif.

2. La forme du retrait

Les exigences de forme du retrait pour ce type sont classiques, de droit commun. La procédure de retrait doit être engagée deux mois après la décision implicite de rejet³³², ou quatre mois suivant la décision expresse³³³. Il est aussi évident que la décision de retrait ne pas intervenir sans motivation : elle est au nombre des décisions qui doivent être motivées en application des dispositions combinées des articles 1^{er} et 3 de la loi du 11 juillet 1979^{334/335}. Enfin, le retrait impose de préciser les voies de recours contre cette

³²⁸ CE, 8 nov. 1993, Humbert, req. n°129015, rec. p. 1071 ; CE, 9 juillet 1997, Stinflin, n°163600 ; CE, sect. 30 juillet 2003, Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs, n°237201, rec. p. 346. Ces décisions parlent du « principe selon lequel la légalité d'un acte administratif s'apprécie au regard des dispositions en vigueur à la date de sa signature ».

³²⁹ CE, 19 juin 1992, Mutuelle générale des PTT, req. n°107788. L'inspecteur du travail doit soit accorder, soit refuser l'autorisation de licencier. Il ne peut accorder sous conditions.

³³⁰ CE, 16 juin 1995, Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, req. n°143437

³³¹ CE, 24 juillet 1987, Lallali, n°63615

³³² CE, 3 novembre 1922, Dame Cachet, rec. p. 790

³³³ CE, Ass., 26 octobre 2001, Ternon, req. n° 197018, rec. p. 497

³³⁴ CE, 8 avril 1991, Sangle-Ferrière, req. n°100427

décision³³⁶ et de respecter une procédure contradictoire. Celle-ci s'impose par l'application de l'article 24 de la loi n°200-321 du 12 avril 2000 : « les décisions individuelles qui doivent être motivées³³⁷ (...) n'interviennent qu'après que la personne intéressée n'ait été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales ».

3. Les conséquences du retrait

La direction générale du travail préconise, quelle que soit l'origine du retrait (d'office ou sur recours gracieux), que l'inspecteur du travail statue une nouvelle fois sur la demande, au vu des circonstances de fait et de droit existant à la nouvelle décision³³⁸.

Pour les parties, l'insécurité juridique est de mise. Elles avaient investi du temps et sans doute de l'argent dans une procédure qui doit être recommencée. Surtout, les règles de droit sont susceptibles d'avoir évolué entre temps, tout comme les faits. La nouvelle décision suivant le retrait sera donc adoptée à la lumière d'éléments de fait et de droit sans doute différents de ceux précédemment constatés. Le principe de sécurité juridique³³⁹ est l'une des premières victimes de cette pratique du retrait.

§2. LA CONJONCTION DES RECOURS, SOURCE D'UNE LOURDE GESTION ADMINISTRATION

La prolifération des recours n'est pas seulement un fardeau pour le justiciable. Elle pèse aussi sur l'administration. L'utilisation simultanée (A) et l'utilisation séquentielle³⁴⁰ (B) des voies de recours créent des obligations de gestion à la charge de l'administration.

³³⁵ Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

³³⁶ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 121

³³⁷ Cette exigence de motivation concerne aussi la décision de l'inspection du travail.

³³⁸ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 121

³³⁹ CE, Ass., 24 mars 2006, Société KPMG et autres, req. n°288460 et s.

³⁴⁰ Dictionnaire français, Larousse, 2013 : Qui appartient, se rapporte à une séquence, à une suite ordonnée d'opérations.

A. L'adaptation de l'administration face aux recours simultanés

Lors de recours simultanés³⁴¹, l'unité territoriale d'inspection du travail informe sa hiérarchie (1). L'ensemble de l'administration du travail doit aussi informer le juge administratif des suites d'une éventuelle procédure de retrait par l'inspection du travail ou par le ministre (2).

1. La coordination entre administration déconcentrée et administration centrale

Supposons que l'administré, dans le délai de recours contentieux, utilise toutes les voies de recours à sa disposition pour demander l'annulation de la décision. Il forme trois recours : gracieux, hiérarchique et contentieux.

Une coordination doit être effectuée entre recours gracieux et recours hiérarchique, entre l'unité territoriale compétente (administration déconcentrée) et les services du ministre chargé du travail (administration centrale). En effet, l'un et l'autre peuvent adopter des décisions différentes. La décision du ministre ne prime pas, dès lors que l'existence d'un recours hiérarchique ne fait pas obstacle à ce que l'inspecteur du travail rapporte dans le délai de recours pour excès de pouvoir une décision illégale³⁴².

Saisi d'un recours gracieux, l'inspecteur du travail doit avertir aussi la direction générale du travail et la directrice, puis les tenir informés des suites réservées à ce recours³⁴³. Cette diligence s'impose, dès lors que le directeur représente l'Etat face aux juridictions administratives dans ce type de contentieux³⁴⁴.

³⁴¹ Pour un exemple de cumul des trois recours : CE, 21 avr. 1997, Sté gardoise de mécanique et de chaudronnerie, req. n° 157.998

³⁴² CE, 24 juillet 1987, Lallali, n°63615

³⁴³ Recommandation effectuée par la Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 115

³⁴⁴ Aux termes du Décret n° 87-116 du 24 décembre 1987, « dans les domaines relevant de l'inspection de la législation du travail visés à l'article 7 du décret n° 82-389 du 10 mai 1982 et à l'article 6 du décret n° 82-390 du 10 mai 1982, délégation de compétence est donnée par le ministre chargé du travail aux directeurs régionaux du travail et de l'emploi à l'effet de représenter l'Etat devant les tribunaux administratifs dans les litiges nés dans le ressort de la région et relatifs aux décisions fondées sur les dispositions législatives et réglementaires du code du travail, prises soit par eux-mêmes, soit par les directeurs départementaux du travail et de l'emploi, soit par les inspecteurs du travail, soit par les fonctionnaires de contrôle assimilés placés sous la responsabilité du ministre chargé du travail ». La mission décrite échoit au directeur depuis la

2. L'information du juge administratif

Les services administratifs (direction générale du travail, inspection du travail) doivent prévenir le juge administratif en cas d'instance en cours, s'ils retirent une décision de l'inspection du travail³⁴⁵. La décision retirée, le recours en annulation n'a plus de raison d'être. L'instance doit donc cesser au plus vite, au risque d'engager des coûts de gestion d'un contentieux inutile.

B. L'obligation de l'administration lors de recours séquentiels

En cas de recours séquentiels, l'administration doit surtout notifier à l'administré quelles sont les voies de recours restantes, une fois sa décision prise. Ces voies de recours sont disponibles si l'administré n'est pas hors délai. L'administration vérifie donc lesdits délais avant notification.

Si l'administré a formé un ou deux recours administratifs puis un recours contentieux, l'administration doit déterminer si son délai de recours contentieux est consommé ou non. Quatre combinaisons de recours sont possibles : recours gracieux puis recours contentieux, recours hiérarchique puis recours contentieux, recours gracieux puis recours hiérarchique et recours contentieux, recours hiérarchique puis recours gracieux et recours contentieux. Dans les trois premiers cas, les recours administratifs conservent le délai de recours contentieux. Mais pas dans le dernier cas. Le tableau ci-dessous présente les différentes combinaisons et leur conséquence sur la conservation du délai de recours contentieux.

Recours administratifs formés avant le recours contentieux	Conservation du délai de recours contentieux
Recours gracieux	Oui ³⁴⁶
Recours hiérarchique	Oui ³⁴⁷
Recours gracieux puis recours hiérarchique	Oui, mais à une condition de délai ³⁴⁸
Recours hiérarchique puis recours gracieux	Non ³⁴⁹

création des directes par le Décret n° 2009-1377 du 10 novembre 2009 relatif à l'organisation et aux missions des directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi.

³⁴⁵ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 115

³⁴⁶ CE, 4 février 1981, Sté Compagnie cinématographique cannoise, req. n°19870, Rec. p. 46

³⁴⁷ CE, 3 novembre 1989, S.A OTP Xerox, req. n°83172

³⁴⁸ A condition que le recours hiérarchique soit introduit dans les deux mois ouverts suivant la décision de l'inspection du travail : CE, 28 juin 1996, Association L'œuvre d'Ormesson et de Villiers, req. n°150834).

Comment expliquer cette décision ? Le juge semble attaché à un considérant de principe: « considérant qu'un recours gracieux faisant suite à un recours hiérarchique ne peut conserver le délai de recours contentieux lorsque ces recours ont été présentées par la même personne »³⁵⁰. Sur ce point, la jurisprudence doit évoluer, et être harmonisée avec les autres décisions.

§3. LA NECESSAIRE REFONTE DE LA DEMANDE D'ANNULATION A L'ADMINISTRATION

Il devient nécessaire de simplifier le système de recours. Les difficultés sont nombreuses, pour le justiciable et pour l'administration. Elles se mesurent en termes d'insécurité juridique, de complexité excessive et en définitive, de coûts financiers pour l'Etat comme pour les particuliers.

La multiplicité des recours est ici en cause. Des trois recours, il doit en rester deux. Et le recours contentieux ne peut être supprimé³⁵¹. Nous suggérons la suppression du recours gracieux, et un encadrement du retrait d'office, qui ne pourrait être engagé qu'avec l'autorisation du ministre. Le maintien du seul recours hiérarchique et le contrôle du retrait par le ministre serait cohérent avec le rôle de chef de service donné au Ministre du travail³⁵².

II. LE GARDE FOU D'UN RECOURS DEVANT LE JUGE JUDICIAIRE

Le salarié protégé est parfois licencié sans décision administrative. Comme il n'y a pas de décision de l'administration à attaquer, le recours du salarié demandant que soit prononcée l'illégalité de son licenciement sera dirigé devant le juge judiciaire. Il devra

³⁴⁹ CE, 22 juin 1938, Salvayre, Rec. p. 570 ; CE 16 mai 1980, SA Clinique Sainte-Croix, req. n°14022, Rec. p. 231

³⁵⁰ CE 16 mai 1980, SA Clinique Sainte-Croix, req. n°14022, Rec. p. 231

³⁵¹ CE Ass. 17 févr. 1950, Dame Lamotte, Rec. 110. Cet arrêt consacre le recours pour excès de pouvoir comme ouvert même sans texte contre tout acte administratif en vue d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité.

³⁵² CE Sect., 7 avril 1936, Jamart, Rec. 172

saisir le conseil de Prud'hommes, véritable garde-fou prévenant la sortie du cadre administratif du licenciement. Cette nécessité de s'adresser à l'ordre judiciaire procède de « la conception française de la séparation des pouvoirs »³⁵³.

Saisi ainsi, le juge judiciaire a le pouvoir de prononcer l'illégalité du licenciement du salarié protégé sans autorisation administrative (§1) et de l'assortir d'une sanction (§2).

§1. L'ILLEGALITE DU LICENCIEMENT DU SALARIE PROTEGE SANS AUTORISATION ADMINISTRATIVE

La Cour de cassation s'estime compétente pour apprécier le licenciement du salarié protégé sans autorisation administrative. Le juge des prud'hommes en premier ressort garantit le principe selon lequel « l'autorité administrative est seule compétente pour apprécier le bien-fondé du licenciement d'un représentant du personnel ; lorsque le licenciement n'a pas été autorisé par l'inspecteur du Travail, le salarié protégé doit retrouver son emploi et le refus de l'employeur de le réintégrer constitue un trouble manifestement illicite »³⁵⁴. La formule employée par la Cour de cassation est claire. Elle rappelle le monopole que détient la puissance publique pour autoriser ou non le licenciement d'un salarié protégé. La manœuvre d'évitement de cette procédure est nulle par principe, et ses effets doivent être effacés. La résistance de l'employeur face à ce processus est inutile et malvenue.

En revanche, c'est seulement dans ce cas de figure que le juge judiciaire est compétent. Il n'est pas le juge de droit commun du licenciement du salarié protégé. Lorsqu'il est saisi à bon droit, cela signifie que l'employeur a commis une grave irrégularité³⁵⁵. Sa saisine est limitée au licenciement sans autorisation : « la nullité du licenciement d'un salarié protégé ne peut être prononcée par le juge judiciaire qu'en l'absence d'autorisation administrative ou en cas de refus de celle-ci »³⁵⁶.

³⁵³ Décision n°86-224 DC du 23 janvier 1987, loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence.

³⁵⁴ Cass. Soc., 12 juin 2001, n°00-40480, Bulletin 2001 V N° 220 p. 175

³⁵⁵ L'employeur qui licencie un salarié protégé s'expose à une sanction pénale. Il commet un délit d'entrave, caractérisé par « l'atteinte à l'exercice régulier des fonctions de délégué du personnel » (Cass. Soc., 19 octobre 1999, n°98-85474). Codifié à l'article L2328-1 du Code du travail, le délit d'entrave est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3750 euros.

³⁵⁶ Cass. Soc., 19 juin 1991, n°89-44566.

§2. LA SANCTION DU JUGE JUDICIAIRE EN CAS DE LICENCIEMENT SANS AUTORISATION

Lorsqu'il déclare nul le licenciement du salarié protégé, le juge judiciaire dispose de trois armes pour sanctionner l'employeur et réparer le dommage commis. Il peut effacer les effets du licenciement litigieux (A) et réparer le préjudice subi par le salarié protégé indument licencié (B).

A- La suppression des effets du licenciement illégal

Le licenciement sans autorisation administrative est nul. Un salarié protégé, après avoir refusé une diminution de salaire, avait été licencié sans autorisation préalable de l'inspection du travail. Saisie en dernier ressort, la Cour de cassation a rappelé que le licenciement d'un salarié investi d'un mandat représentatif, prononcé en violation du statut protecteur, est atteint de nullité³⁵⁷. En conséquence, la salariée doit être réintégrée si elle le souhaite.

Comme nous l'avons écrit plus haut, cette réintégration a pour objectif de remédier à un trouble manifestement illicite causé par le licenciement sans autorisation³⁵⁸. Cette qualification du trouble rend compétent le juge des référés, capable de prendre des mesures d'urgence pour mettre fin au trouble manifestement illicite. La réintégration s'impose parfois au juge de l'urgence qui la prononce. La protection du salarié mandaté nécessite vivacité³⁵⁹ et efficacité, ce que promet la Cour de cassation avec sa jurisprudence sur le trouble manifestement illicite.

B- Le versement d'indemnités

L'employeur qui licencie un salarié protégé sans autorisation devient débiteur d'indemnités envers ce dernier. Si le salarié ne sollicite pas de réintégration, ces indemnités sont de trois types : une indemnité due au en raison du statut protecteur du salarié, une

³⁵⁷ Cass. Soc., 17 mars 1993, n° 90-43819

³⁵⁸ Sur le caractère manifeste du trouble provoqué par le licenciement sans autorisation (ce qui justifie l'intervention du juge des référés : Cass. Soc., 12 juin 2001, n°00-40480, Bulletin 2001 V N° 220 p. 175 et aussi Cass. Soc., 26 avril 1979, n°78-11237

³⁵⁹ Par l'intervention du juge des référés

indemnité de rupture et des dommages-intérêts prévus en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

L'indemnité réparant la violation du statut protecteur correspond à la rémunération qu'il aurait perçue depuis son éviction jusqu'à l'expiration de la période de protection³⁶⁰. Le point de départ de la période correspond à la date de la rupture du contrat de travail³⁶¹. La fin de la période est le dernier jour de protection du salarié mandaté. Cette rémunération due n'est pas modulable : elle est forfaitaire. La circonstance que le salarié trouve un autre emploi entre-temps³⁶² ou que son employeur propose de le réintégrer³⁶³ ne change pas la somme due. L'objectif n'est pas de réparer une perte de revenu : il est de dissuader l'employeur de licencier un salarié protégé sans autorisation.

A cette première indemnité s'ajoute une indemnité de rupture. La Cour de cassation préconise, dans le cas d'un contrat de travail illégalement rompu, un principe général de versement d'indemnité de rupture : « le salarié protégé (...) a le droit d'obtenir (...) l'indemnité de rupture »³⁶⁴.

Enfin, le salarié protégé peut demander non seulement les indemnités de rupture mais une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement³⁶⁵, au moins égale à celle prévue par l'article L.1235-3 du Code du travail³⁶⁶.

Dans le cas d'une demande de réintégration, le salarié protégé peut seulement prétendre au versement des revenus qu'il n'a pas perçu du fait de son éviction. Le licenciement d'un salarié protégé prononcé en violation du statut protecteur, est atteint de nullité et ouvre droit, pour le salarié qui demande sa réintégration pendant la période de protection, au versement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait perçue entre son licenciement et sa réintégration³⁶⁷.

Le système ainsi créé est très protecteur, mais il comporte certains biais. Nul doute que le salarié protégé injustement évincé hésitera entre la réintégration, moins avantageuse financièrement à court terme, et la non-réintégration, promesse d'une triple indemnité.

³⁶⁰ Cass. Soc., 21 novembre 1990, n°89-10124

³⁶¹ Cass. Soc., 10 mai 2006, n°04-40901

³⁶² Cass. Soc., 25 novembre 1997, n°94-43651

³⁶³ Cass. Soc., 23 mai 2000, n°97-42125

³⁶⁴ Cass. Soc., 12 juin 2001, n°99-41695

³⁶⁵ Cass. Soc., 29 mars 2005, n°03-40768

³⁶⁶ C'est-à-dire : elle octroyée par le juge et ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.

³⁶⁷ Cass. soc., 10 déc. 1997, no 94-45.254 : Bull. civ. V, no 431

SECTION II. LA PROCEDURE DEVANT LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE

L'employeur ou le salarié peut attaquer la décision d'autorisation ou de refus de l'inspecteur du travail en saisissant le juge administratif ou, s'il a exercé un recours hiérarchique, attaquer la décision du ministre du travail³⁶⁸. L'enjeu de l'annulation est particulièrement important puisqu'il peut conduire à la nullité du licenciement du salarié protégé, sa réintégration et une indemnisation (souvent importante).

La décision de l'inspecteur du travail, ou celle du ministre, autorisant ou refusant le licenciement d'un représentant du personnel, peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir :

- en première instance, devant le tribunal administratif (I) ;
- en appel, devant la cour administrative d'appel (II) ;
- en cassation, devant le Conseil d'État³⁶⁹ (III).

I. LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

Le recours contre la décision administrative concernant le salarié protégé peut être contesté par un syndicat professionnel (§1) devant le tribunal administratif, suivant les règles du droit commun (§2).

§1. LE RECOURS CONTENTIEUX OUVERT AU SYNDICAT PROFESSIONNEL

Soucieuse de préserver au maximum les intérêts du salarié protégé, la jurisprudence a peu à peu reconnu la recevabilité d'un syndicat à attaquer une décision d'autorisation de licenciement, en l'absence de tout mandat. Il s'agit là d'une approche

³⁶⁸ Code du travail, art. R.2422-1 : Le ministre « chargé du travail » peut annuler ou réformer la décision de l'inspecteur du travail sur le recours de l'employeur, du salarié ou du syndicat que ce salarié représente ou auquel il a donné mandat à cet effet. Ce recours est introduit dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision de l'inspecteur. Le silence gardé pendant plus de quatre mois sur ce recours vaut décision de rejet.

³⁶⁹ Editions Législatives Social, Représentants du personnel (Protection), n°224

plus libérale que celle initiée par la jurisprudence des *Patrons-Coiffeurs de Limoges*³⁷⁰. En effet, le commissaire du gouvernement Romieu, dans ses conclusions sur cette même affaire, souhaitait distinguer les recours contre des décisions collectives de ceux dirigés contre des décisions individuelles. A son sens, et c'était aussi la solution de *Patrons Coiffeurs*, les secondes étant insusceptibles d'être contestées par un syndicat.

« L'action syndicale est celle que le syndicat exerce en son nom propre comme personne civile chargée de la défense des intérêts collectifs dont elle a la garde (...). Il faut, pour qu'elle puisse exister, qu'il s'agisse d'un intérêt collectif et que les conclusions ne contiennent rien ayant un caractère purement individuel (...). L'action individuelle, au contraire, tend à obtenir un avantage déterminé au profit d'un membre du syndicat nominativement désigné (...). Elle ne peut être exercée que par l'individu intéressé agissant lui-même ou par mandataire. Elle ne peut être intentée d'office par le syndicat prétendant exercer en son nom l'action syndicale dans l'intérêt de ses membres *ut singuli* (...). Si l'action syndicale n'est pas, dans ce cas, recevable, ce n'est nullement qu'il n'ait pas intérêt à la solution du litige (...). C'est que son action directe se trouve empêchée par l'application du principe : « nul ne plaide par procureur » (...). Si le syndicat ne peut exercer à titre syndical une action individuelle, rien ne s'oppose à ce qu'il soit choisi comme mandataire par l'individu intéressé pour exercer l'action individuelle au nom de ce dernier »³⁷¹.

Un syndicat peut former un recours hiérarchique³⁷². Il peut ensuite former un recours contentieux contre la décision d'autorisation de licenciement d'un délégué du personnel : « Considérant que la décision en date du 24 mai 1983 par laquelle l'ingénieur divisionnaire des travaux publics de l'Etat chargé des fonctions de l'inspection du travail a autorisé la société Montalev à licencier pour faute M Raymond Hudon, ancien délégué du personnel, a été attaquée pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif de Grenoble par M Legut, agissant comme secrétaire du syndicat CGT de cette société ; que **si le syndicat avait intérêt à poursuivre l'annulation pour excès de pouvoir de cette décision**, M Legut n'a pas justifié, malgré l'invitation qui lui en a été faite, de sa qualité pour engager cette action au nom dudit syndicat ; que, dès lors, la société Montalev est, par

³⁷⁰ CE, 28 décembre 1906, Syndicat des Patrons-Coiffeurs de Limoges, Rec. 977

³⁷¹ Conclusions du commissaire du gouvernement Romieu sur CE, 28 décembre 1906, Syndicat des Patrons-Coiffeurs de Limoges, Rec. 977

³⁷² Code du travail, art. R.2422-1 précité

ce motif, fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, les premiers juges ont admis la recevabilité de la requête du syndicat CGT, et à demander, par suite, l'annulation dudit jugement »³⁷³.

§2. LE RECOURS DEVANT LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF SOUMIS AUX REGLES DE DROIT COMMUN DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

Le tribunal administratif compétent est celui dans le ressort duquel se trouve soit l'établissement ou l'exploitation dont l'activité est à l'origine du litige (établissement auquel le salarié protégé est rattaché), soit le lieu d'exercice de la profession³⁷⁴.

Le délai de recours est de deux mois³⁷⁵, à compter de :

³⁷³ CE, 10 avril 1992, req. n°60419

³⁷⁴ Code de justice administrative, art. R.312-10 : « Les litiges relatifs aux législations régissant les activités professionnelles, notamment les professions libérales, les activités agricoles, commerciales et industrielles, la réglementation des prix, la réglementation du travail, ainsi que la protection ou la représentation des salariés, ceux concernant les sanctions administratives intervenues en application de ces législations relèvent, lorsque la décision attaquée n'a pas un caractère réglementaire, de la compétence du tribunal administratif dans le ressort duquel se trouve soit l'établissement ou l'exploitation dont l'activité est à l'origine du litige, soit le lieu d'exercice de la profession.

Si, pour ces mêmes catégories de litiges, la décision contestée a un caractère réglementaire et ne s'applique que dans le ressort d'un seul tribunal administratif, ce tribunal administratif est compétent pour connaître du litige.

Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, les recours contre les décisions prises par les autorités administratives en matière de composition et d'élection des institutions représentatives du personnel, sur le fondement des dispositions des titres Ier, II et III du livre III de la deuxième partie du code du travail, sont portés devant le tribunal administratif dans le ressort duquel se situe le siège de l'entreprise ».

³⁷⁵ Code de justice administrative, art. R.421-1, Modifié par Décret n°2004-617 du 29 juin 2004 - art. 3 JORF 30 juin 2004 : « Sauf en matière de travaux publics, la juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée.

La publication, sous forme électronique, au Journal officiel de la République française fait courir le délai du recours ouvert aux tiers contre les décisions individuelles :

1° Relatives au recrutement et à la situation des fonctionnaires et agents publics, des magistrats ou des militaires ;

2° Concernant la désignation, soit par voie d'élection, soit par nomination, des membres des organismes consultatifs mentionnés à l'article 12 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat ;

- soit la notification de la décision explicite de l'inspecteur du travail ou du ministre du travail (date de réception par le destinataire du pli postal contenant la décision) ;
- soit la décision implicite de rejet du ministre résultant de son silence pendant 4 mois ;
- soit la communication des motifs d'une décision de rejet implicite³⁷⁶.

Concrètement, le délai de recours commence à courir à compter du lendemain du jour où la décision a été notifiée. Pour apprécier la recevabilité du recours, la date retenue est celle de l'enregistrement par le greffe du tribunal administratif, et non pas celle de l'expédition³⁷⁷. Le recours peut être enregistré au greffe jusqu'au lendemain de l'expiration du délai de deux mois.

La procédure est écrite et contradictoire. Dans ce contexte, le salarié peut avoir des difficultés à prouver son innocence (si celle-ci est réelle). Le doute profite alors au salarié en application de l'article L.1333-1 du Code du travail³⁷⁸ repris par la jurisprudence du Conseil d'Etat³⁷⁹. « Les jurisprudences récentes en matière de charge de la preuve, qui procèdent d'une vision concrète des difficultés rencontrées à la fois par les requérants, par les administrations et par le juge, procèdent de cette même vision d'une justice concrète où la charge de la preuve est plus aisée à administrer et dont les décisions sont plus prévisibles et conformes à l'exigence de sécurité juridique »³⁸⁰.

3° Prises par le ministre chargé de l'économie dans le domaine de la concurrence ;

4° Emanant d'autorités administratives indépendantes ou d'autorités publiques indépendantes dotées de la personnalité morale ».

³⁷⁶ Editions Législatives Social, Représentants du personnel (Protection), n°227

³⁷⁷ H. ROSE et Y. STRUILLOU, Droit du licenciement des salariés protégés, 4^{ème} Ed., p. 1138

³⁷⁸ Code du travail, art. L.1333-1 : En cas de litige, le conseil de prud'hommes apprécie la régularité de la procédure suivie et si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction.

L'employeur fournit au conseil de prud'hommes les éléments retenus pour prendre la sanction.

Au vu de ces éléments et de ceux qui sont fournis par le salarié à l'appui de ses allégations, le conseil de prud'hommes forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si un doute subsiste, il profite au salarié.

³⁷⁹ CE 17 février 2010, req. n°324398

³⁸⁰ Intervention de Jean-Marc Sauvé lors du Colloque organisé à l'occasion du Xème anniversaire du tribunal administratif de Cergy-Pontoise.

II. LA COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL

Jusqu'à la création des cours administratives d'appel en 1987³⁸¹, le Conseil d'Etat était juge d'appel.

Le délai d'appel est de deux mois à compter de la notification du jugement³⁸². Que ce soit pour l'intérêt ou la qualité pour agir, les règles de présentation d'un recours devant une cour administrative d'appel sont proches de celles régissant le recours devant un tribunal administratif. En outre le ministère d'avocat est obligatoire³⁸³.

III. LE CONSEIL D'ETAT

Le délai de cassation est à nouveau de deux mois.

L'article L.822-1 du Code de justice administrative prévoit un mécanisme de

³⁸¹ Loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif

³⁸² Code de justice administrative, art. R.811-2 : Sauf disposition contraire, le délai d'appel est de deux mois. Il court contre toute partie à l'instance à compter du jour où la notification a été faite à cette partie dans les conditions prévues aux articles R.751-3 et R.751-4.

Si le jugement a été signifié par huissier de justice, le délai court à dater de cette signification à la fois contre la partie qui l'a faite et contre celle qui l'a reçue.

³⁸³ Code de justice administrative, art. R.811-7 : Les appels ainsi que les mémoires déposés devant la cour administrative d'appel doivent être présentés, à peine d'irrecevabilité, par l'un des mandataires mentionnés à l'article R.431-2.

Lorsque la notification de la décision soumise à la cour administrative d'appel ne comporte pas la mention prévue au troisième alinéa de l'article R.751-5, le requérant est invité par la cour à régulariser sa requête dans les conditions fixées aux articles R.612-1 et R.612-2.

Toutefois, sont dispensés de ministère d'avocat :

1° Les requêtes dirigées contre les décisions des tribunaux administratifs statuant sur les recours pour excès de pouvoir formés par les fonctionnaires ou agents de l'Etat et des autres personnes ou collectivités publiques, ainsi que par les agents ou employés de la Banque de France contre les actes relatifs à leur situation personnelle ;

2° Les litiges en matière de contraventions de grande voirie mentionnés à l'article L.774-8.

Les demandes d'exécution d'un arrêt de la cour administrative d'appel ou d'un jugement rendu par un tribunal administratif situé dans le ressort de la cour et frappé d'appel devant celle-ci sont également dispensées de ministère d'avocat.

filtrage : « Le pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat fait l'objet d'une procédure préalable d'admission. L'admission est refusée par décision juridictionnelle si le pourvoi est irrecevable ou n'est fondé sur aucun moyen sérieux ».

Devant le Conseil d'Etat, le requérant peut contester la motivation de la décision juridictionnelle, qui doit être suffisante pour qu'il soit en mesure d'exercer son contrôle de cassation³⁸⁴. De façon générale, un requérant, employeur ou salarié, a intérêt à développer deux aspects de la décision contestée : la légalité externe (notamment sur la recevabilité et la motivation) et le bien-fondé de l'arrêt (essentiellement sur l'erreur de droit, la dénaturation des faits et actes juridiques ainsi que la qualification juridique des faits).

Dans plusieurs décisions du 11 juin 1999, le Conseil d'Etat a ainsi affirmé sa compétence relative à la qualification juridique des faits : « considérant qu'en vertu des dispositions de l'article L.425-1 du code du travail, les délégués du personnel bénéficient d'une protection exceptionnelle ; que, lorsque le licenciement d'un de ces salariés est envisagé, ce licenciement ne doit pas être en rapport avec les fonctions représentatives normalement exercées ou l'appartenance syndicale de l'intéressé ; que, dans le cas où la demande de licenciement est fondée sur un motif de caractère économique, il appartient à l'inspecteur du travail et, le cas échéant, au ministre de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si la situation de l'entreprise justifie le licenciement du salarié, en tenant compte notamment de la nécessité des réductions envisagées d'effectifs et de la possibilité d'assurer le reclassement du salarié dans l'entreprise ; Considérant qu'en examinant dans le cadre de la SARL Besse les difficultés économiques à l'origine de la suppression du poste de cadre administratif qu'occupait Monsieur X..., et au niveau du groupe les mesures de réorganisation prises, la cour administrative d'appel n'a commis aucune erreur de droit ; Considérant qu'après avoir relevé, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que l'exploitation déficitaire depuis plusieurs exercices de la société Besse et sa situation financière appelaient d'urgence des mesures de redressement, la cour administrative d'appel a pu légalement en déduire que la suppression du poste de cadre administratif occupé par Monsieur X... était justifiée ; Considérant qu'en recherchant si une proposition de reclassement avait été faite à Monsieur X... d'abord au niveau de l'entreprise, puis au niveau du groupe Dhénin, et en estimant que la proposition de reclassement faite à l'intéressé était sérieuse, la cour a porté sur les faits de l'espèce, qu'elle n'a pas dénaturés, une appréciation insusceptible d'être discutée devant le juge de

³⁸⁴ CE, 4 décembre 1987, req. n°61376

cassation »³⁸⁵.

³⁸⁵ CE 11 juin 1999, req. n°189144 et n°195706

CHAPITRE II. LES CONSEQUENCES DE L'ANNULATION CONTENTIEUSE

L'annulation contentieuse de la décision concernant le licenciement du salarié protégé a des conséquences concrètes pour l'administration et les administrés. L'administration a vu sa décision être annulée : elle doit se mettre en conformité avec l'exigence de légalité formulée par le juge. Les particuliers, salarié protégé et employeur, doivent aussi prendre acte de ce changement et faire disparaître autant que possible les effets d'une décision annulée.

Cette adaptation n'est pas aisée pour l'administration et les administrés. Elle implique une désorganisation nécessaire pour appliquer l'ordre voulu par le juge. Ce dernier se montre inégalement attentif aux difficultés du processus d'adaptation. Sa jurisprudence est plutôt prévenante avec l'administration. Par exemple, elle prévoit que l'administration n'est pas toujours tenue d'effectuer une nouvelle enquête contradictoire si les circonstances de fait ou de droit n'ont pas évolué entre temps³⁸⁶. La situation est tout à fait différente pour les administrés. Le juge administratif ne leur témoigne pas autant d'égards, et ils subissent de plein fouet les conséquences de l'annulation contentieuse.

L'annulation d'une décision d'autorisation est une réelle source d'insécurité juridique. L'employeur a eu l'autorisation de licencier le salarié protégé – même s'il n'était pas tenu de le faire³⁸⁷. Le recours contre la décision de licenciement n'avait pas d'effet suspensif, que ce recours soit formé par le salarié protégé³⁸⁸ ou par l'employeur³⁸⁹. Le salarié protégé avait été donc forcé de quitter l'entreprise, avec toutes les implications

³⁸⁶ CE, 4/5 SSR, 5 sept. 2008, Société Seroba et Ministre du travail, des relations sociales et de la solidarité, req. n°301506

³⁸⁷ Cass. Soc., 17 juin 2009, req. n°08-41648 : « le fait pour un employeur de renoncer à licencier un salarié, bien qu'il ait obtenu l'autorisation administrative de le faire, ne peut constituer un comportement discriminatoire vis-à-vis d'un autre salarié également demeuré dans l'entreprise »

³⁸⁸ Cass. Soc., 16 décembre 2009, Société du journal Midi libre, req. n°08-44246 : « l'employeur est en droit de prononcer son licenciement, peu important le recours hiérarchique qui n'est pas suspensif »

³⁸⁹ Cass. Crim., 15 mai 1973, req. n°72-90078 : « Attendu qu'il n'importe qu'en l'espèce, l'employeur ait formé devant le ministre du travail le recours prévu par l'article 4 du décret n° 59-99 du 7 janvier 1959, un tel recours n'ayant aucun caractère suspensif »

managériales attachées à cette éviction avalisée par l'administration. Son retour perturbe profondément la marche humaine et économique de l'entreprise³⁹⁰. Le juge administratif ne tient pourtant pas compte de cette disruption : il n'use pas, par exemple, de ses pouvoirs de modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse.

Cette asymétrie de traitement peut être constatée par une étude des obligations de l'administration après une annulation contentieuse (Section I), suivie par un examen des obligations des particuliers dans cette même situation (Section II).

³⁹⁰ CE, Ass., 11 mai 2004, Association AC ! et autres, req. n°255886

SECTION I. LES OBLIGATIONS DE L'ADMINISTRATION

Lorsqu'une décision administrative relative au licenciement d'un salarié protégé a été annulée, de nouvelles obligations s'imposent à l'administration. L'inspection du travail est automatiquement saisie pour une nouvelle instruction, sauf cas exceptionnel (I). Cette nouvelle saisine ne représente pas toujours une charge démesurée de travail. Le juge administratif a pris soin d'alléger autant que possible les diligences obligatoirement effectuées par l'administration lors de la nouvelle instruction (II).

I. LA NOUVELLE SAISINE DE L'ADMINISTRATION POUR INSTRUCTION

La nouvelle saisine de l'administration est par principe automatique (§1). Ce principe souffre quelques rares exceptions, dont l'occurrence demeure faible (§2).

§1. LE PRINCIPE D'AUTOMATICITE DE LA SAISINE

La saisine de l'administration est automatique, que l'annulation frappe l'autorisation de licencier (A) ou le refus de licencier (B).

A. Le cas de l'annulation du refus de l'autorisation

Il est régulièrement jugé qu'en cas d'annulation du refus de l'autorisation de licencier, la nouvelle saisine de l'administration est automatique. Cette solution est obtenue par un raisonnement par analogie. Elle se déduit de l'observation des conséquences de l'annulation d'une décision subordonnant l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives³⁹¹ (1). Cette jurisprudence est ensuite appliquée au licenciement du salarié protégé (2).

1. L'affirmation du principe de la nouvelle saisine automatique

La solution applicable aux salariés protégés procède de l'expérience du juge

³⁹¹ Catégorie de décision administrative précisée par l'article 1 de la loi n°79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public

administratif en matière d'urbanisme commercial. Depuis la loi votée à l'initiative de Jean Royer en 1973³⁹², la création de commerces de grande surface est soumise à une autorisation préalable en sus du permis de construire, accordée par une commission départementale d'aménagement commercial. Il existe une jurisprudence très instructive sur cette matière. Bien que peu abondante³⁹³, cette jurisprudence relative à la contestation des décisions de ces commissions s'avère détaillée³⁹⁴ et riche d'enseignement pour l'ensemble du droit administratif.

Lors d'un arrêt *Société Cora Belgique et Société des Supermarchés Match*³⁹⁵, le Conseil d'Etat a exposé une ligne jurisprudentielle applicable à la gestion, par l'inspection du travail, des conséquences d'une annulation contentieuse de sa décision. La décision litigieuse est adoptée le 9 septembre 2003 par la Commission nationale d'équipement commercial. Elle accorde à la société Auchan France l'autorisation de créer, par transfert et extension, un hypermarché à l'enseigne Auchan, et une galerie marchande sur le territoire de la commune de Mont-Saint-Martin (Meurthe-et-Moselle). Un concurrent conteste cette décision. Devant le Conseil d'Etat, il développe l'argument selon lequel la Commission nationale d'équipement commercial n'était pas compétente pour statuer sur la décision. Le Conseil d'Etat rejette ce moyen. Il rappelle que par une décision du 11 juillet 2000, la commission nationale d'équipement commercial avait accordé à la société Auchan France l'autorisation de créer, par transfert et extension, un ensemble commercial comprenant un magasin à l'enseigne Auchan à Mont-Saint-Martin. Cette autorisation avait été annulée par

³⁹² Article 28 de la loi n°73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat : « il est créé une commission départementale d'équipement commercial. Cette commission statue sur les demandes d'autorisation ».

³⁹³ On peut avoir une idée du faible volume de contentieux avec le raisonnement suivant. Avant tout recours au juge, la décision de la Commission départementale d'aménagement commercial doit avoir été contestée devant la Commission nationale d'aménagement commercial. Le nombre de recours contentieux est donc au moins inférieur ou égal au nombre de décisions rendues par la Commission nationale d'aménagement commercial. Or, la Commission nationale publie chaque année son bilan, avec une présentation de ces décisions : en 2012, il y a eu 229 (www.dgcis.redressement/cnac/bilan-cnac-2012.pdf)

³⁹⁴ On peut seulement émettre une hypothèse sur l'origine de ce fait. En matière d'implantation de commerces de grande surface, les intérêts financiers en jeu sont élevés. Les requérants s'arrogent sans doute les services de conseils juridiques particulièrement chevronnés, capables de développer des arguments juridiques multiples et subtils.

³⁹⁵ CE, 25 janvier 2010, *Société Cora Belgique et Société des Supermarchés Match*, req. n°260198, rec. p. 771

une décision du 23 février 2003 du Conseil d'Etat. Or, une telle annulation a eu pour effet de ressaisir la commission nationale de la demande d'autorisation présentée par la société Auchan France. Cette dernière a régulièrement pu statuer une nouvelle fois le 9 septembre 2003 : en faisant ainsi, elle doit être regardée comme ayant assuré l'exécution de l'annulation contentieuse.

2. L'application de ce principe au traitement par l'administration du licenciement du salarié protégé

L'analogie qui s'impose est alors la suivante : pour assurer l'exécution de l'annulation contentieuse, l'inspection du travail doit statuer à nouveau sur l'autorisation administrative. Cette comparaison reste harmonieuse avec d'autres jurisprudences antérieures liées à la contestation de la décision de l'inspection du travail. Le Conseil d'Etat semblait y affirmer timidement le principe de la saisine automatique de l'inspection en cas d'annulation contentieuse.

Au sujet de l'action d'un employeur qui avait vu un refus d'autorisation annulé par le juge, le Conseil d'Etat parlait de la nouvelle saisine en ces termes : « l'administration se prononce à nouveau sur la demande d'autorisation qui avait été confirmée par la société »³⁹⁶, l'employeur a « confirmé sa demande d'autorisation »³⁹⁷. L'utilisation du terme « confirmer » signifie que l'employeur a raffermi³⁹⁸ sa demande, qu'il l'a réitérée : il s'agissait donc de la même demande, et il y avait une continuité entre la première demande, objet d'une annulation, et la seconde.

La direction générale du travail a intégré cet impératif dans ses instructions distribuées aux inspecteurs du travail. Elle reconnaît le principe de la nouvelle saisine lors d'une annulation contentieuse. Dans ce cas, elle ordonne à ces derniers de se saisir à nouveau, d'informer l'employeur de cette saisine automatique, de s'assurer que l'employeur maintient bien sa demande. Dans le même temps, l'inspection du travail doit aider à l'organisation de la bonne marche administrative face à cette annulation. Elle la notifie au Ministre dont relève l'administration intéressée au litige, à la direction de l'administration générale et de la modernisation des services (DAGEMO), ainsi qu'au

³⁹⁶ CE, sect., 6 janvier 1989, Société Automobiles Citroën, req. n°84757, 85033 et 85034, rec. p.5

³⁹⁷ CE, 27 juillet 1990, Naguib, req. n°104429,

³⁹⁸ Le dictionnaire Littré donne pour signification du verbe confirmer les termes « rendre ferme »

préfet chargé de représenter l'Etat devant les juridictions administratives³⁹⁹.

B. Le cas de l'annulation de l'autorisation

Dans l'hypothèse d'une annulation de l'autorisation de licenciement, le principe est encore une fois la nouvelle saisine de l'administration. Toutefois, cette saisine automatique est soumise à une condition préalable : le salarié protégé doit avoir été réintégré. En effet, l'administration n'est pas compétente pour s'intéresser à la question de la réintégration du salarié protégé. Ce problème doit être tranché par le Conseil de Prud'hommes⁴⁰⁰, et l'administration n'intervient que lorsqu'un contrat de travail est en place et fonctionnel.

Une jurisprudence *Société Amadeus*⁴⁰¹ a précisé les conditions de la saisine automatique de l'administration quand l'autorisation de licenciement a été annulée. Dans cette affaire, la société requérante reprochait à l'arrêt de la Cour administrative d'appel de lui opposer une prescription de deux mois après la notification du jugement, estimant qu'il s'agissait du délai laissé à l'employeur pour contester la décision. Le Conseil d'Etat n'a pas validé cette analyse.

Au contraire, la haute juridiction a retenu le principe suivant. Lorsque l'autorisation de licenciement d'un salarié protégé a été annulée, l'employeur peut décider de poursuivre la procédure disciplinaire pour les mêmes faits dans le délai de deux mois prévu à l'article L.1332-4 du Code du travail⁴⁰². Ce délai court à compter de la réintégration du salarié, si celui-ci l'a demandée, et non à compter de la notification du jugement d'annulation. Il s'ensuit que l'administration n'est compétente pour réinstruire l'affaire que lorsque le salarié protégé a été réintégré.

§2. LES OBSTACLES EXCEPTIONNELS A UNE NOUVELLE SAISINE

La nouvelle saisine automatique est un principe bien établi. Les exceptions à ce

³⁹⁹ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 123

⁴⁰⁰ Cass. Soc., 19 juin 1991, req. n°89-44566

⁴⁰¹ CE, 15 décembre 2010, *Société Amadeus*, req. n°318698

⁴⁰² Article L.1332-4 du Code du travail : « Aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales »

principe sont rares, et ce pour des raisons différentes : le désistement de l'employeur n'est pas fréquent dans un contentieux âpre, où les acteurs sont décidés et où la non-réintégration du salarié protégé est peu envisagée car sévèrement réprimée. Cette rareté de la mise en échec d'une nouvelle saisine sera examinée sous deux angles : certaines exceptions à la nouvelle saisine sont observables lors de l'annulation d'une autorisation comme d'un refus (A), d'autres ne le sont que lors de l'annulation d'une autorisation (B).

A. La rare exception à une nouvelle saisine après l'annulation d'une autorisation ou d'un refus

La nouvelle instruction n'a jamais lieu lorsque l'employeur se désiste de la procédure, c'est-à-dire lorsqu'il renonce à l'instance qu'il a engagée⁴⁰³. Ce désistement peut avoir lieu à tout moment de la procédure. Il arrête net celle-ci, et libère l'administration de son obligation d'instruire la demande.

Rappelons que la procédure de licenciement du salarié protégé ne crée pas d'obligation, à la charge de l'employeur, de licencier ledit salarié protégé. L'employeur ne commet pas de discrimination vis-à-vis des autres employés lorsqu'il renonce à licencier un salarié protégé, quand bien même l'autorisation de licenciement aurait été délivrée par l'inspection du travail⁴⁰⁴. Cette liberté de ne pas licencier consolide le droit de l'employeur de se désister à tout moment de la procédure. Elle va dans le sens d'une nouvelle instruction « confirmée » par la volonté de l'employeur, comme en témoigne l'usage en jurisprudence d'expressions telles que « l'administration se prononce à nouveau sur la demande d'autorisation qui avait été confirmée par la société »⁴⁰⁵, l'employeur a « confirmé sa demande d'autorisation »⁴⁰⁶.

Néanmoins, il va de soi que l'employeur n'est pas toujours enclin au désistement. Il s'est engagé dans une procédure complexe. A la suite d'une faute qui a rompu la confiance, il décidé au licenciement du salarié protégé. Son retrait paraît improbable.

⁴⁰³ CORNU, Vocabulaire juridique 8^e édition, PUF, 2007, p.202

⁴⁰⁴ Cass. Soc., 17 juin 2009, req. n°08-41648 : « le fait pour un employeur de renoncer à licencier un salarié, bien qu'il ait obtenu l'autorisation administrative de le faire, ne peut constituer un comportement discriminatoire vis-à-vis d'un autre salarié également demeuré dans l'entreprise »

⁴⁰⁵ CE, sect., 6 janvier 1989, Société Automobiles Citroën, req. n°84757, 85033 et 85034, rec. p.5

⁴⁰⁶ CE, 27 juillet 1990, Naguib, req. n°104429,

B. Les exceptions à une nouvelle saisine applicables uniquement lors de l'annulation d'une autorisation

Si l'autorisation accordée par l'administration a été annulée, il existe trois exceptions supplémentaires⁴⁰⁷ à une nouvelle saisine de l'administration. La première, l'autorité de la chose jugée, est la plus fréquente : si le jugement a annulé l'autorisation pour une illégalité interne, il n'y a plus matière à licencier (1). Le salarié protégé peut aussi avoir perdu son statut protecteur entre le jugement et la demande, ce qui rend l'inspection du travail matériellement incompétente pour statuer (2). Enfin, si le salarié n'a pas été réintégré, l'administration doit attendre la réintégration avant d'être saisie à nouveau (3).

1. L'autorité de la chose jugée

Le licenciement n'a plus de fondement si le juge a estimé qu'il était vicié. Il n'y a pas de nouvelle saisine si la matérialité des faits reprochés au salarié fait défaut. Si la matérialité des faits reprochés au salarié protégé n'est nullement établie, l'employeur ne peut invoquer aucune faute avérée d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement⁴⁰⁸.

La nouvelle saisine n'a pas non plus lieu si le juge estime que la faute n'est pas d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement, que le licenciement est lié au mandat⁴⁰⁹ ou qu'il y a un motif d'intérêt général s'opposant au licenciement⁴¹⁰. Cette dernière solution revient à appliquer la jurisprudence *SAFER d'Auvergne*⁴¹¹ : « lorsque le licenciement d'un salarié protégé est envisagé, ce licenciement ne doit pas être en rapport avec les fonctions représentatives normalement exercées ou l'appartenance syndicale de l'intéressé. Dans le cas où la demande de licenciement est motivée par un comportement fautif, il appartient à l'inspecteur du travail saisi et, le cas échéant, au ministre compétent de rechercher si les faits reprochés au salarié sont d'une gravité suffisante pour justifier son

⁴⁰⁷ Listées par Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 125

⁴⁰⁸ CE, 21 déc. 1994, Société lyonnaise de banque, req. n°127898

⁴⁰⁹ CE Ass., 30 octobre 2009, Madame Perreux, Rec. 407, conclusion Guyomar

⁴¹⁰ Par exemple : CE, 27 juin 1990, Association du Foyer des jeunes travailleurs Victor Hugo c/ Ministre des affaires sociales et de l'emploi, req. n°104790.

⁴¹¹ CE, Ass., 5 mai 1976, Société d'aménagement foncier et d'établissement rural et ministre de l'agriculture c/ Bernette, rec. p. 232

licenciement compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé et des exigences propres à l'exécution normale du mandat dont il est investi. En outre, pour refuser l'autorisation sollicitée, l'autorité administrative a la faculté de retenir des motifs d'intérêt général relevant de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité, sous réserve qu'une atteinte excessive ne soit pas portée à l'un ou l'autre des intérêts en présence ».

2. La perte du statut protecteur

Si le salarié protégé perd son statut protecteur, son licenciement n'est plus soumis à une procédure spéciale. Le Code du travail ne donne compétence à l'inspection du travail que pour connaître du licenciement du salarié protégé⁴¹² : cette compétence s'arrête aux cas listés par le Code du travail⁴¹³. Ce principe d'incompétence est très fort, et impose à l'inspection du travail le retrait de la décision relative au licenciement du salarié protégé. « Dès lors que l'inspecteur du travail constate son incompétence après avoir pris sa décision, il devra procéder au retrait de celle-ci »⁴¹⁴. Il va donc de soi que l'inspection du travail ne va pas se considérer automatiquement ressaisie si le salarié a perdu son statut protecteur depuis le jugement.

Cette éventualité paraît néanmoins exceptionnelle. Elle nécessite un déroulé des événements particulier, où le terme du statut protecteur intervient juste entre le jugement d'annulation et la nouvelle demande automatique. Selon le point de vue, on pourrait dire qu'il constitue le comble de la malchance ou de la bonne fortune.

3. La non-réintégration du salarié

L'autorisation de licencier a été accordée puis annulée. Cela veut dire qu'entre le licenciement autorisé par l'administration et l'annulation du juge, le salarié protégé a été évincé. Il est en attente de réintégration. Or, la nouvelle saisine de l'administration ne peut

⁴¹² Comme nous l'avons déjà remarqué, il n'y a plus de contrôle systématique de la légalité de chaque licenciement depuis la loi du 29 mai 1986 relative à la suppression de l'autorisation administrative pour tous les licenciements

⁴¹³ Voir les articles L.2411-1 et suivants du Code du travail

⁴¹⁴ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 121

avoir lieu que lorsqu'il sera réintégré⁴¹⁵. En effet, si « l'autorité administrative est seule compétente pour apprécier le bien-fondé du licenciement d'un représentant du personnel »⁴¹⁶, le contentieux de la réintégration du salarié protégé est de la compétence du juge judiciaire⁴¹⁷. L'administration ne doit donc pas intervenir, du moins pas pour l'instant.

L'hypothèse de la non-réintégration du salarié protégé après l'annulation d'une autorisation de licenciement demeure néanmoins rare. La sanction d'une non-réintégration dans cette hypothèse est sévère. Elle dissuade l'employeur de ne pas réintégrer. Elle prend la forme d'une injonction sous astreinte à la réintégration du salarié protégé à laquelle s'ajoute une indemnité compensant la perte de revenus. Cette indemnité est calculée sur la base d'une période débutant à la date de la rupture du contrat de travail et finissant à la date de la réintégration⁴¹⁸. Elle est due quelle que soient les activités parallèles du salarié ayant eu lieu entre temps. Par exemple, le fait que le salarié ait été employé pendant la période d'éviction ne change rien à la somme dont l'employeur est débiteur vis-à-vis de lui⁴¹⁹.

Il n'y a donc pas de dilemme pour l'employeur : il serait malavisé de ne pas réintégrer le salarié protégé dont l'autorisation de licenciement a été annulée. En effet, dès que l'annulation de l'autorisation est devenue définitive, le licenciement est réputé nul et le salarié peut demander le versement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait perçue entre son licenciement et sa réintégration⁴²⁰.

II. LES REGLES GUIDANT LA NOUVELLE DECISION

Si une nouvelle décision doit être adoptée, l'inspection du travail doit travailler sur deux fronts. L'administration doit d'abord déterminer s'il y a lieu d'effectuer une nouvelle enquête contradictoire (§1). Ensuite, elle doit adapter sa nouvelle décision au nouveau contexte juridique et factuel, s'il a évolué entre temps (§2).

⁴¹⁵ CE, 15 décembre 2010, Société Amadeus, req. n°318698

⁴¹⁶ Cass. Soc., 12 juin 2001, n°00-40480, Bulletin 2001 V N° 220 p. 175

⁴¹⁷ Cass. Soc., 12 juin 2001, n°00-40480, Bulletin 2001 V N° 220 p. 175 et aussi Cass. Soc., 26 avril 1979, n°78-11237

⁴¹⁸ Cass. Soc., 10 mai 2006, n°04-40901

⁴¹⁹ Cass. Soc., 25 novembre 1997, n°94-43651

⁴²⁰ Cass.soc., 10 déc. 1997, no 94-45.254 : Bull. civ. V, no 431

§1. L'ÉVENTUELLE TENUE D'UNE ENQUÊTE CONTRADICTOIRE

Le critère dictant la nécessité d'une nouvelle enquête contradictoire est celui des circonstances de droit et de fait. L'inspection du travail n'en est dispensée que si les circonstances de droit et de fait n'ont pas changé (B). Ont-elles évoluées, l'inspection du travail doit mener une nouvelle enquête contradictoire (A).

A. La dispense d'enquête contradictoire en cas d'identité des circonstances de fait et de droit

En cas d'identité des circonstances de fait et de droit, l'inspecteur est dispensé d'une nouvelle enquête. Pour reprendre les termes de l'arrêt *SEROBA*, « L'inspecteur du travail peut prendre, en l'absence de changement dans les circonstances de fait ou de droit, une nouvelle décision, sans procéder à l'enquête contradictoire prévue par le Code du travail »⁴²¹. Cette jurisprudence n'impose pas à l'inspecteur de ne pas tenir d'enquête contradictoire. Elle le laisse libre de céder à ses souhaits guidés par sa conscience professionnelle.

B. La nécessaire tenue d'une enquête contradictoire en cas de changement des circonstances de fait et de droit

Si les circonstances de fait et de droit ont évolué, une nouvelle enquête contradictoire doit être menée. Par principe, cette enquête doit être tenue⁴²². En son absence, la procédure est frappée de nullité, car l'inspecteur est réputé ne pas avoir suffisamment motivé sa décision. Il est régulièrement jugé que la procédure dépourvue d'enquête contradictoire est nulle : « même en admettant que l'inspecteur ait disposé d'éléments suffisants pour se prononcer sur la demande à la suite des auditions et visites

⁴²¹ CE, 5 sept. 2008, Société SEROBA et Ministre du travail, des relations sociales et de la solidarité, req. n°301506

⁴²² Article R2421-4 du Code du travail : « *L'inspecteur du travail procède à une enquête contradictoire au cours de laquelle le salarié peut, sur sa demande, se faire assister d'un représentant de son syndicat. L'inspecteur du travail prend sa décision dans un délai de quinze jours, réduit à huit jours en cas de mise à pied. Ce délai court à compter de la réception de la demande d'autorisation de licenciement. Il n'est prolongé que si les nécessités de l'enquête le justifient. L'inspecteur informe les destinataires mentionnés à l'article R.2421-5 de la prolongation du délai* ».

auxquelles il avait procédé à l'occasion du conflit social que connaissait à l'époque l'entreprise, sa décision est prise sur une procédure irrégulière »⁴²³.

§2. LA SOUMISSION DE LA NOUVELLE DECISION A L'EVOLUTION DU DROIT ET DES FAITS

Cette exigence dicte une mise en conformité à la chose jugée (A) ainsi qu'aux circonstances de droit et de fait (B).

A. L'exigence de conformité à la chose jugée

L'administration est liée par la chose jugée. Le principe a été rappelé lors d'un arrêt *Naguib*⁴²⁴. Le juge administratif a ordonné à l'administration et à la société Erteco, employeur de Monsieur Naguib (salarié protégé), de respecter l'autorité de la chose jugée. Il souligne d'abord l'existence d'un jugement ayant annulé une précédente décision d'autorisation pour irrégularité interne. Ensuite, il déclare que la société Erteco ayant, à la suite de ce jugement, confirmé sa demande d'autorisation en se fondant sur les mêmes faits, l'inspecteur du travail de la 6^{ème} section du Val-de-Marne était tenu de respecter l'autorité de la chose jugée par le tribunal administratif et de rejeter la demande.

Cette décision applique un principe ancien découlant de l'article 1351 du Code civil, qui dresse depuis 1804 les conditions et la portée de cette autorité : « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elle et contre elles en la même qualité ».

Bien évidemment, si ces conditions ne sont pas remplies, l'inspecteur du travail n'est pas lié par l'autorité de la chose jugée. Notamment, une circonstance nouvelle peut briser l'identité de chose ou de cause exigée pour que l'autorité de la chose jugée s'applique⁴²⁵. L'inspecteur du travail qui invoque l'autorité de la chose jugée en l'absence

⁴²³ CE, 4 déc. 1987, n°72.379, Ministre des affaires sociales c/ Sté Monoplast.

⁴²⁴ CE, 27 juillet 1990, Naguib, req. n°104429

⁴²⁵ CE, sect. 6 janv. 1989, Société Automobiles Citroën, Rec. p. 5, req. n°s 84.757, 85.033 et 85.034

de la triple identité décrite par l'article 1351 du Code civil pour ne pas donner suite à une demande de licenciement entache sa décision d'une erreur de droit sanctionnée par une nullité⁴²⁶.

B. L'exigence d'adaptation aux circonstances de droit et de fait

La nouvelle décision prend en compte les nouvelles circonstances de droit et de fait. La jurisprudence décline cette nécessité sur tous les tons : la nouvelle décision est prise « sur la base de la situation de droit et de fait »⁴²⁷, « au vu des circonstances de fait et de droit existant à la date de sa nouvelle décision »⁴²⁸ ou encore, « eu égard à la situation existant à la date de sa décision »⁴²⁹.

⁴²⁶ CE, 29 oct. 1997, n° 172.137, Sté Sanyo France calculatrices électroniques, Rec. p. 1106

⁴²⁷ CE, 18 février 1994, Syndicat des pharmaciens du Puy de Dôme et Conseil régional régional de l'Ordre des pharmaciens, req. n°124961

⁴²⁸ CE, Sect., 7 décembre 1973, Ministre de l'agriculture et du développement rural contre société civile agricole des Nigritelles, req. n°088252

⁴²⁹ CE, sect. 6 janv. 1989, Société Automobiles Citroën, Rec. p. 5, req. n°s 84.757, 85.033 et 85.034

SECTION II. LES OBLIGATIONS DES PARTICULIERS

L'annulation contentieuse lie aussi les particuliers, de manière forte inégale. Si elle ne crée aucune obligation à la charge du salarié (I), elle oblige l'employeur et désorganise son activité (II).

I. L'ABSENCE D'OBLIGATIONS POUR LE SALARIE

Notons ici simplement que l'annulation contentieuse n'est pas vouée à créer de nouvelles obligations pour le salarié. En cas d'annulation d'un refus de licencier, le salarié protégé reste en place, sans que son activité ne change. Et il en est de même en cas d'annulation d'une autorisation de licencier, dont le salarié ne tire que des droits et non des obligations.

II. DES OBLIGATIONS PESANTES POUR L'EMPLOYEUR EN CAS D'ANNULATION DE L'AUTORISATION

En revanche, l'annulation crée des obligations à la charge de l'employeur. Elle génère l'obligation de réintégration⁴³⁰ (§1) ainsi que l'obligation d'indemnisation du salarié protégé (§2).

§1. L'OBLIGATION DE REINTEGRATION

Lorsqu'elle a été mise à la charge de l'employeur (A), l'obligation de réintégration peut engendrer un certain nombre d'effets pervers (B).

A. La mise en œuvre de l'obligation de réintégration

L'obligation de réintégration du salarié protégé n'est mise en œuvre que dans deux cas. L'un d'entre eux est directement lié à l'annulation contentieuse du licenciement.

⁴³⁰ Que l'on peut définir comme l'acte par lequel un salarié dont le contrat de travail avait été suspendu reprend sa place dans l'entreprise

Pour rappel, la réintégration est obligatoire si le licenciement a été adopté en violation du statut protecteur du salarié. Dans cette situation, le licenciement n'est pas conforme à la légalité et demeure sans effet. Ainsi, la Cour de cassation a jugé que « sont nuls le licenciement d'un salarié investi d'un mandat représentatif prononcé sans autorisation administrative de licenciement, ainsi, dans ce même cas, que la mise à pied conservatoire du salarié qui l'a précédé »⁴³¹. Dans une affaire précédente, elle avait dit un principe général formulé ainsi : « le licenciement d'un salarié investi d'un mandat représentatif, prononcé en violation du statut protecteur, est atteint de nullité et ouvre droit, pour ce salarié, à sa réintégration, s'il l'a demandée, et dans ce cas, au versement d'une indemnité compensatrice de la perte de ses salaires entre son licenciement et sa réintégration, ainsi qu'à l'indemnisation de tous autres chefs de préjudice »⁴³².

Qu'en est-il alors de l'annulation d'une autorisation de licencier ? On sait déjà qu'elle emporte la nullité de licenciement. Ajoutons qu'elle entraîne aussi l'obligation de réintégration. Lorsque le ministre compétent annule, sur recours hiérarchique, la décision de l'inspection du travail autorisant le licenciement d'un salarié protégé, ou lorsque le juge administratif annule la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail ou du ministre, le salarié concerné a le droit, s'il le demande dans un délai de deux mois à compter de la décision, d'être réintégré dans son emploi ou dans un emploi équivalent⁴³³.

Ce droit à être réintégré connaît des limites précisées par le Code du travail⁴³⁴. Il n'oblige (presque) pas à l'impossible. Quelques rares obstacles s'y opposent parfois. Ils sont décrits ainsi : « Lorsque le juge constate que le licenciement est intervenu alors que la procédure de licenciement est nulle, conformément aux dispositions du premier alinéa de l'article L.1235-10, il peut ordonner la poursuite du contrat de travail ou prononcer la nullité du licenciement et ordonner la réintégration du salarié à la demande de ce dernier, *sauf si cette réintégration est devenue impossible, notamment du fait de la fermeture de l'établissement ou du site ou de l'absence d'emploi disponible* ».

Les dernières lignes du premier alinéa de l'article L.1235-11 du Code du travail précisent qu'en cas d'impossibilité de la réintégration, celle-ci ne peut avoir lieu. Les

⁴³¹ Cass. soc., 4 mai 2011, n°09-67776

⁴³² Cass. soc., 17 mars 1993, n°90-43819

⁴³³ Article L.2422-1 du Code du travail ; Cass. soc., 10 mars 1998, no 94-45.573, no 1295 P : Bull. civ. V, no 128 ; Cass. soc., 10 mars 1998, no 94-45.573, no 1295 P : Bull. civ. V, no 128 ; Cass. soc., 18 mai 1993, no 91-44.145

⁴³⁴ Article L.1235-11 alinéa 1 du Code du travail,

conséquences de cette impossibilité sont détaillées au deuxième alinéa de cet article : « lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de son contrat de travail ou lorsque la réintégration est impossible, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure aux salaires des douze derniers mois ». L'impossibilité de réintégration provoque le versement d'au moins un an de salaire au salarié concerné.

En pratique, cette réintégration est une obligation presque absolue à la charge de l'employeur. Le juge fait parfois fi de l'impossibilité de réintégration, avec des attendus comme : « *sans rechercher si l'employeur était dans l'impossibilité de le réintégrer dans son emploi ou à défaut dans un emploi équivalent, conformément à la demande faite par le salarié dans les deux mois de l'annulation de l'autorisation administrative de licenciement, alors que ni l'existence d'un arrêt maladie à la date de la demande, ni l'âge, ni l'emploi ultérieur du salarié chez un autre employeur, n'étaient de nature à y faire obstacle* »⁴³⁵.

Cette réintégration forcée n'est prévue que pour les salariés protégés. En effet, la réintégration est aussi envisagée par le code du travail en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse en raison d'une disposition spécifique de l'article L.1235-3. Mais dans ce cas, le juge ne peut que proposer une réintégration, laquelle se traduira, en cas de refus de l'employeur, par sa condamnation au versement d'une indemnité égale au salaire des six derniers mois, ce minimum ne s'appliquant pas si l'intéressé a moins de deux ans d'ancienneté ou si l'entreprise occupe moins de onze salariés⁴³⁶.

Au contraire, l'impossibilité de réintégrer est rarement reconnue. Ainsi, la suppression du poste occupé par le salarié protégé ne constitue pas un motif d'impossibilité de réintégration. « Le simple fait, pour un salarié protégé, de demander initialement l'indemnisation du préjudice résultant pour lui de son licenciement non autorisé ne caractérise pas sa renonciation à demander ensuite sa réintégration ; et alors, d'autre part, que la *suppression du poste qu'il occupait avant son licenciement ne rend pas matériellement impossible sa réintégration dans l'entreprise*, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »⁴³⁷.

⁴³⁵ Cass. soc., 22 juin 2004, n° 02-41.689, Guillaïn c/ Sté nouvelle d'armement Transmanche

⁴³⁶ M. BONNECHERE, *Le droit du travail*, Paris, La Découverte « Repères », 2008, 128 pages

⁴³⁷ Cass. Soc., 13 juillet 1993, n° 90-41279

B. Une source de déstabilisation pour l'entreprise

La réintégration peut déstabiliser la marche de l'entreprise. Elle est toujours difficile à vivre pour le salarié protégé. Après quelques mois ou années passées loin de son poste, le salarié doit retrouver des repères perdus. Il y échoue parfois, avec à la clé des conséquences comme la perte de professionnalisme, un mal-être au travail, voire une dégradation du climat social⁴³⁸.

Pour l'entreprise, il s'ensuit aussi une perte de productivité. Des auteurs comme Thompson voient dans la continuité du travail une cause d'augmentation constante de la production de valeur ajoutée. Toute rupture nuisant, au contraire, à l'apprentissage par le travail (learning by doing)⁴³⁹.

§2. L'OBLIGATION D'INDEMNISATION

L'annulation contentieuse a un coût financier dans tous les cas.

Si la réintégration est impossible, l'article L.1235-11 alinéa 2 du Code du travail indique que « Lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de son contrat de travail ou lorsque la réintégration est impossible, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure aux salaires des douze derniers mois ».

Dans le cas contraire, l'employeur devra verser une indemnité correspondant à la somme dont il aurait dû s'acquitter par le salarié⁴⁴⁰.

⁴³⁸ E. BASTIDE, Comment réintégrer et accompagner un collaborateur après une longue absence ?, Les Echos (25 mars 2012)

⁴³⁹ P. THOMSON, Handbook of the Economics of Innovation, 2010, Elsevier

⁴⁴⁰ Cass. Soc., 10 mai 2006, n°04-40901

CONCLUSION CHAPITRE II

Les conséquences de l'annulation contentieuse sont sérieuses, quel que soit le point de vue envisagé. L'administration comme l'employeur en seront affectés. On remarquera néanmoins les diligences du juge administratif pour faciliter la tâche de l'administration, et limiter autant que possible sa charge de travail. Ce comportement de réduction du volume de travail ne s'observe étrangement pas dans la jurisprudence relative aux obligations de l'employeur.

CONCLUSION TITRE II

Au début de ce titre, nous avons posé la question suivante : « qui garde le gardien ? ». En théorie, il s'agit du juge et de l'administration. En pratique, cette tâche échoit au juge seul. Et force est de constater qu'il s'agit d'un gardien peu amène envers l'employeur, dès lors que son action toute entière est destinée aux intérêts du salarié.

CONCLUSION PARTIE I

Que ce soit durant son initiation auprès de l'inspection du travail ou lors de la contestation de la décision de l'inspection, la procédure attachée au licenciement du salarié protégé est hostile à l'employeur. Lorsqu'il s'y engage, ce dernier peut se remémorer les vers de Dante entrant en *Enfer* : « toi qui entre ici, abandonne toute espérance ».

DEUXIÈME PARTIE.
LE LICENCIEMENT DISCIPLINAIRE CONTENU
PAR L'INDULGENCE

La conception traditionnelle de la justice consiste à récompenser les bonnes actions et à punir les mauvais comportements. La justice est donc un principe exigeant et sévère, raide comme les visages féminins des allégories néoclassiques sculptées aux frontispices des tribunaux. Elle impose de condamner la faute, de sanctionner les « violations d'obligations préexistantes »⁴⁴¹. Dans cette perspective, il paraît injuste de ne pas infliger un châtiment mérité. La jurisprudence sur le licenciement disciplinaire du salarié protégé semble alors choquante. Comment estimer juste l'avantage accordé au salarié protégé, dont les effets de la faute sont atténués ? Contrairement aux autres salariés, il doit commettre une faute d'une particulière gravité pour être évincé, ce qui a pour effet de limiter les conséquences négatives sur son contrat de travail.



Figure 4 - Augustin Dumont, *Allégorie de la vérité* (1865) - Palais de justice de Paris

Sauf à estimer que le droit du licenciement des salariés protégés est injuste, il faut faire appel à une autre vision de la justice pour comprendre les visées de cette atténuation de la faute. Dans un sens plus contemporain, la justice est décrite comme processus redistributif. C'est le principe de différence proclamé par John Rawls, dans *Une théorie de*

⁴⁴¹ Définition de la faute par Marcel Planiol, in M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, Pichon, 1901, P. 302

*la justice*⁴⁴² : « les inégalités sociales et économiques doivent satisfaire à deux conditions : elles doivent d'abord être attachées à des fonctions et à des positions ouvertes à tous, dans des conditions de juste égalité des chances, elles doivent procurer le plus grand bénéfice aux membres les plus désavantagés de la société ».

Cette conception de la justice fournit une justification pour construire une jurisprudence protectrice du salarié représentant des intérêts collectifs. Elle correspond bien à la situation du salarié protégé. Sa position est accessible à tous⁴⁴³, dans des conditions d'égalité des chances : tout salarié peut se présenter aux élections professionnelles, et éventuellement les remporter, obtenant ainsi le statut de salarié protégé. Le salarié protégé est particulièrement exposé. Il est donc désavantagé et le système doit lui offrir une protection renforcée contre le licenciement.

La protection du salarié mandaté ne peut être trop poussée. Sinon, elle risque de devenir injuste. La profusion des mécanismes qui permettent de ne pas sanctionner la faute du salarié protégé par un licenciement est remarquable. Elle nous paraît excessive en l'état. Le salarié protégé voit les effets de sa faute atténués : sa faute, même grave, en perd sa capacité à entraîner un licenciement (Titre I). Surtout, le salarié protégé dispose de voies d'annulation de sa faute, même si le manquement reproché était de nature à justifier un licenciement (Titre II).

⁴⁴² J. RAWLS, *A theory of justice*, Havard University Press, 1971

⁴⁴³ Sous conditions d'éligibilités précisées aux articles L.2324-15 (« Sont éligibles, à l'exception des conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité, concubin, ascendants, descendants, frères, sœurs ou alliés au même degré de l'employeur, les électeurs âgés de dix-huit ans révolus et travaillant dans l'entreprise depuis un an au moins. Les salariés travaillant à temps partiel simultanément dans plusieurs entreprises ne sont éligibles que dans l'une de ces entreprises. Ils choisissent celle dans laquelle ils font acte de candidature ») et L.2324-16 du Code civil (« Dans les entreprises de travail temporaire, les conditions d'ancienneté sont, pour les salariés temporaires, de trois mois pour être électeur et de six mois pour être éligible. Ces conditions sont appréciées en totalisant les périodes pendant lesquelles ces salariés ont été liés à ces entreprises par des contrats de mission au cours des douze mois ou des dix-huit mois précédant l'élection, selon qu'il s'agit d'électorat ou d'éligibilité. Ce délai est réduit à six mois en cas de création d'entreprise ou d'ouverture d'établissement »).

TITRE I.

L'ATTENUATION DES EFFETS DE LA FAUTE

La faute justifiant le licenciement du salarié protégé est une faute différente de celle du droit commun. Le droit commun exige que la faute constitue une cause sérieuse de licenciement. La faute est une « cause revêtant une certaine gravité, qui rend impossible sans dommages pour l'entreprise, la continuation du travail, et qui rend nécessaire le licenciement »⁴⁴⁴. Or, pour le salarié protégé, une faute différente est exigée depuis la jurisprudence *Safer d'Auvergne*. L'administration et le juge contrôlent l'existence d'une « faute caractérisant des faits reprochés au salarié d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail et des exigences propres à l'exécution du mandat »⁴⁴⁵.

L'objet de ce chapitre est de démontrer en quoi cette approche de la faute est censée garantir une sévérité moindre pour le salarié protégé. Cette tolérance n'est pas tant obtenue par la définition de la faute, mais par son contrôle plus poussé que le droit commun. La multiplication du nombre de vérifications, administratives comme judiciaires, augmente les chances d'une annulation d'une autorisation.

Toutefois, cette volonté protectrice ne produit pas toujours des mécanismes de protection efficace. Le système de protection est parfois si mal conçu qu'il n'a pas d'effet ou qu'il se retourne contre le salarié protégé. Cela est surtout vrai en matière de licenciement pour motif disciplinaire à raison de faits commis dans l'exercice du mandat. Dans ce domaine, l'abandon de la faute au profit du trouble objectif dessert le salarié protégé plutôt que de l'avantager.

Il y a donc une atténuation manquée de la faute justifiant le licenciement du salarié protégé en raison de faits commis dans l'exercice du mandat (Chapitre I). En revanche, en ce qui concerne la faute commise en dehors de l'exercice du mandat, l'atténuation de la

⁴⁴⁴ Définition du ministre du Travail pendant les débats précédant l'adoption de la loi du 13 juillet 1973 ; JO débats AN 30 mai 1973, p. 1699, col. 2

⁴⁴⁵ CE Ass., 5 mai 1976, Société d'aménagement foncier et d'établissement rural d'Auvergne et Ministre de l'agriculture c. Bernette, rec. 232

faute est plutôt réussie et le salarié protégé en ressort avantagé vis-à-vis de ses collègues (Chapitre II).

CHAPITRE I. L'ATTENUATION MANQUEE : LA DISTINCTION FACTICE ENTRE FAITS COMMIS EN DEHORS ET DANS L'EXERCICE DU MANDAT⁴⁴⁶

La distinction entre l'exercice du mandat de celle tendant à l'exécution du contrat de travail est devenue indispensable depuis 2005.

Avant cette date charnière, la grille de lecture classique connue des lecteurs des grands arrêts de la jurisprudence administrative⁴⁴⁷ était appliquée pour tous les licenciements de salariés protégés⁴⁴⁸, qu'ils soient pour des faits liés à l'exécution du contrat de travail ou non. L'arrêt *Safer d'Auvergne* de 1976 énonçait que les faits commis dans l'exécution du contrat de travail et justifiant un licenciement disciplinaire devaient être sans lien avec les « fonctions représentatives normalement exercées ou l'appartenance syndicale de l'intéressé »⁴⁴⁹ et former une « faute caractérisant des faits reprochés au salarié d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail et des exigences propres à l'exécution du mandat »⁴⁵⁰.

Cependant à la suite du revirement de jurisprudence occasionné par l'arrêt *Patarin*⁴⁵¹ de 2005, une distinction entre licenciement pour faits commis dans l'exécution du contrat de travail et licenciement pour faits commis hors de l'exécution du contrat de travail a été établie. Le premier est toujours soumis au régime de la faute induit par *Safer d'Auvergne*. En revanche, le licenciement pour faits commis en dehors de l'exécution du contrat de travail abandonne définitivement la référence à la faute.

⁴⁴⁶ Le présent développement sur « L'atténuation manquée : la distinction factice entre faits commis en dehors et dans l'exercice du mandat » est tiré du mémoire suivant soutenu par l'auteur : V. PRADEL, Le licenciement du salarié protégé pour son comportement dans l'exercice de son mandat.

⁴⁴⁷ L'arrêt *Safer d'Auvergne* de 1976 est commenté aux Grands arrêts de la jurisprudence administrative Dalloz, 2007, p. 620

⁴⁴⁸ Hubert Rose, Yves Struillou, Droit du licenciement des salariés protégés, Economica, 2007, p. 712

⁴⁴⁹ CE Ass., 5 mai 1976, Société d'aménagement foncier et d'établissement rural d'Auvergne et Ministre de l'agriculture c. Bernette, rec. 232

⁴⁵⁰ Idem

⁴⁵¹ CE, 4 juillet 2005, Patarin : n° 272-193, rec. 306, RJS 2005 n° 1121

Il en résulte que, depuis 2005, la notion de faute n'est plus utilisée pour envisager des licenciements de salariés protégés pour leur comportement dans l'exercice de leurs mandats. L'affirmation du Professeur Bernard Bossu résume ce changement : « un fait commis dans l'exercice du mandat représentatif ne peut constituer une faute »⁴⁵².

L'abandon par le Conseil d'Etat de la notion de faute pour qualifier des comportements de salariés protégés dans l'exercice de leur mandat revient à désertier le terrain disciplinaire. Cela affirme l'autonomie des représentants du personnel lorsqu'ils agissent en tant que délégués. Leur action dans l'exercice du mandat est réputée extraite du pouvoir de direction de l'employeur, si l'on estime que « le pouvoir disciplinaire est le corollaire du pouvoir de direction sur les employés »⁴⁵³.

Si la sortie de l'état de tutelle disciplinaire du salarié agissant dans le cadre de son mandat est proclamée, il n'en résulte pas moins une totale licence donnée aux salariés protégés pour jouir sans entrave des prérogatives dont ils sont investis. Leur mission les engage à servir les intérêts collectifs. Ils ne servent pas leur profit individuel et n'incitent pas à des comportements excessivement violents lors des conflits sociaux. Les employeurs disposent toujours d'un motif de licenciement des salariés protégés qui exercent leur mandat de manière particulièrement anormale. Il ne fait plus référence à la notion de faute, mais à celle de trouble objectif. Pour justifier un licenciement de salarié protégé, l'acte commis dans l'exercice du mandat doit caractériser des « faits qui rendent impossible le maintien du salarié dans l'entreprise »⁴⁵⁴.

Cette orientation jurisprudentielle a des conséquences pratiques en termes de communication. Elle est appelée à transformer le discours des juges et aussi des acteurs plus proches du dialogue social de tous les jours, à savoir l'inspection du travail et, par rebond, l'employeur respectueux des exigences de cette dernière. L'instruction de la direction générale du travail du 18 juillet 2007⁴⁵⁵ relative au traitement d'une demande d'autorisation du licenciement de salariés protégés à raison de faits commis dans l'exercice du mandat appuie l'idée d'un changement de communication. Au sujet de l'apport de l'arrêt Patarin, elle parle d'« alignement de vocabulaire », qui a « seulement [sic] pour

⁴⁵² Bernard Bossu (26 octobre 2010), JCP S n° 43, p. 1444

⁴⁵³ Manuëla Grévy (2012), *Syndicats professionnels – Faute dans l'exercice du mandat*, Répertoire de droit du travail (Dalloz)

⁴⁵⁴ CE, 4 juillet 2005, *Patarin* : n° 272-193, rec. 306, RJS 2005 n° 1121

⁴⁵⁵ Direction générale du travail (2007), Instruction DGT 2007/08 relative au traitement d'une demande d'autorisation du licenciement de salariés protégés à raison de faits commis dans l'exercice du mandat

objet d'abandonner la référence à la faute »⁴⁵⁶. A la fin de son instruction, le directeur général du travail donne son ordre aux directeurs régionaux et départementaux du travail et aux inspecteurs du travail. Il s'agira simplement d'adopter une nouvelle rédaction lorsqu'ils répondent à une demande d'autorisation de licenciement fondé sur des faits commis dans l'exercice du mandat, et de ne plus parler de faute.

Du point de vue de la direction générale du travail, la répercussion de l'arrêt *Patarin* est strictement formelle. Au-delà des nouveaux éléments de langage concernant les licenciements de salariés protégés à raison de faits commis dans l'exercice de leur mandat, on peut s'interroger sur les conséquences réelles de cette jurisprudence. Il semble bien que la référence au trouble objectif pour justifier un licenciement pour des faits commis dans l'exercice du mandat équivaut à maintenir, sans la nommer, la typologie de *Safer d'Auvergne* : est fautif et sanctionné comme tel par l'employeur un exercice anormal du mandat. La jurisprudence *Patarin* a dépassé l'âge de raison (8 ans au 4 juillet 2013 !), ce qui offre un certain recul pour juger de son apport concret, notamment grâce à l'analyse des décisions juridictionnelles adoptées depuis. Une telle étude peut ouvrir à des recommandations concernant l'avenir du licenciement du salarié protégé pour des actes liés à l'exécution de son mandat.

Dans son analyse des normes de droit, Aristote suggérait de distinguer les « choses » des « mots », pour percevoir la réalité et non l'aspect⁴⁵⁷. Cette démarche peut intéresser toute personne désireuse de connaître la véritable portée de l'arrêt *Patarin* et de proposer des mesures opérationnelles pour les licenciements qu'il concerne. L'abandon de la faute pour qualifier les actes commis dans l'exercice du mandat appartient à la catégorie des « mots » (Section I). En revanche, les « choses » correspondent, pour l'instant et en l'absence d'adaptations, au maintien de la faute telle qu'elle est a été définie par *Safer d'Auvergne* dans ce domaine (Section II).

⁴⁵⁶ Idem

⁴⁵⁷ JOBART Jean-Charles, La Notion de Constitution chez Aristote, *Revue française de droit constitutionnel* 1/2006 (n°65), p.97-143

SECTION I. LA FAUTE APPAREMMENT CHASSEE DU LICENCIEMENT POUR UN FAIT COMMIS DANS L'EXERCICE DU MANDAT

I. LE REGNE DE LA FAUTE

Avant que le revirement *Patarin* n'intervienne, l'arrêt *Safer d'Auvergne* a fait jurisprudence et lié le licenciement pour faits commis pendant l'exercice du mandat à l'existence d'une faute constituée par l'exercice anormal du mandat, qualifiée de « faute d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement »⁴⁵⁸. Cette anormalité procédait d'un usage délibérément fautif du mandat (§1), mais aussi à une carence fautive dans l'exercice de ce mandat (§2).

§1. LA FAUTE PAR VOIE D'ACTION

Indispensable avant 2005 pour tout licenciement disciplinaire de salarié protégé pour un acte commis dans le cadre d'un mandat, la faute peut prendre la forme d'une transgression délibérée par un acte positif. Cela consiste soit à détourner les moyens du mandat de leur but originel (a), soit à abuser des libertés offertes par le mandat (b).

A. L'usage détourné des moyens du mandat

Dans le régime institué par l'arrêt *Safer d'Auvergne* (avant *Patarin*), l'usage anormal et donc fautif du mandat recoupe d'abord le détournement des moyens censés servir les intérêts collectifs à des fins purement personnelles. En effet, l'usage normal du mandat ne consiste pas à satisfaire des intérêts individuels, mais à dédier les moyens qu'offrent le mandat à la représentation collective.

L'utilisation détournée des moyens du mandat a son contentieux caractéristique : celui du licenciement pour abus du crédit horaire dont disposent les salariés protégés. Aux termes de l'article L.2325-9 du Code du travail, « le temps passé aux séances du comité par les représentants syndicaux du comité d'entreprise est rémunéré comme temps de travail ». Le salarié qui utilise le temps nécessaire à l'exercice des fonctions de membre élu du

⁴⁵⁸ CE Ass., 5 mai 1976, Société d'aménagement foncier et d'établissement rural d'Auvergne et Ministre de l'agriculture c. Bernette, rec. 232

comité d'entreprise qui sont les siennes pour aller à la chasse détourne une prérogative des salariés protégés à des fins personnelles. C'est volontairement qu'il s'extrait du cadre normal de l'exercice du mandat dont il est imparti, et qu'il commet par voie de conséquence des faits présentant un caractère de gravité suffisant pour justifier un licenciement⁴⁵⁹. Il en va de même d'un salarié qui utilise ces heures de crédits pour se rendre à une salle de sport⁴⁶⁰.

Les heures de crédits ne sont pas les uniques attributions des salariés protégés pouvant être indûment détournées. Les multiples manœuvres d'un membre du comité d'entreprise en vue de détourner les fonds de cette structure est un exemple de pratique considérée par le juge comme incompatible avec un mandat normal. Le licenciement pour motif disciplinaire peut être prononcé lorsqu'un salarié exerce les fonctions de président et de trésorier d'une association sportive du comité d'entreprise et soustrait frauduleusement les fonds du comité⁴⁶¹.

B. L'usage excessif des libertés du mandat

L'usage excessif des libertés attachées au mandat consiste à les utiliser en une action délibérée qui s'avère par trop disruptive et contraire à l'ordre public. Ici encore, le critère justifiant le licenciement est celui de l'irrespect de l'exercice normal des fonctions représentatives du salarié protégé. Un tel comportement, même clairement situé en dehors de l'exécution du contrat de travail, peut être qualifié de faute de nature à justifier un licenciement. La qualification d'« exercice normal » (ou anormal) d'une liberté attachée au mandat résulte d'une appréciation effectuée au cas par cas par le juge administratif qui statue selon les circonstances.

Ainsi, sort de l'exercice normal des fonctions représentatives l'action d'un délégué syndical qui commet une infraction au Code pénal lors d'un conflit collectif. La séquestration⁴⁶², acte fautif constitué par la privation de liberté (souvent d'un supérieur hiérarchique dans les conflits collectifs), même sans violence aucune⁴⁶³, peut fonder un licenciement. Les mêmes conséquences peuvent s'ensuivre en cas d'atteinte à la liberté du

⁴⁵⁹ CE, 22 février 1989, Société aliments Piéto, req. n° 66589-66648

⁴⁶⁰ CE, 7 mars 1994, Dargniat, req. n° 116932

⁴⁶¹ CE, 17 octobre 2003, Société Smurfit Lembacel, req. n° 247701

⁴⁶² Art. 224-1 à 224-4 du Code pénal

⁴⁶³ Cass. Crim., 23 décembre 1986, req. n°85-96.630, Bull. crim. N° 384

travail⁴⁶⁴, ce qui peut arriver quand un salarié protégé en position de meneur souhaite une grève totale et entend l'imposer au personnel non gréviste. Lors d'un conflit collectif dans son entreprise, un salarié protégé prend l'initiative d'arrêter une rotative opérée par du personnel non gréviste. En contraignant des non-grévistes à cesser le travail, il commet un abus dans l'exercice de son droit de grève, faute d'une gravité suffisante à justifier son licenciement⁴⁶⁵. A contrario, la participation active d'un représentant du personnel à un piquet de grève organisé au cours d'un conflit collectif ne constitue pas une faute d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement, dès lors que le personnel non gréviste pouvait entrer dans l'établissement et librement travailler⁴⁶⁶. En effet, il n'y a rien d'anormal dans l'organisation, par un délégué du personnel, d'un piquet de grève filtrant qui n'atteint pas la liberté de travail du personnel non gréviste.

L'exercice d'un mandat de salarié donne, au moins dans les faits, une liberté d'expression plus grande que celle des autres salariés. Le dialogue social est parfois relevé. Il n'exclut pas la polémique, même si elle est très intense : n'est pas anormal un tract désignant un patron comme « affameur, exploiteur »⁴⁶⁷ et usant d'un champ lexical courant dans le dialogue social.

La ligne blanche est traversée quand les imputations dépassent la simple polémique et tombent dans l'injure, la diffamation ou l'attaque personnelle sans qu'aucun contexte n'explique ces débordements. Ce dépassement constaté, la qualification de faute s'impose. Le délit d'injures publiques n'est pas un mode d'expression normal du dialogue social : la mission d'intercession des salariés protégés ne consiste pas à adresser des insultes gratuites (« salaud, saloperie, fumier ») à l'encontre de leurs supérieurs hiérarchiques⁴⁶⁸. Est annulé par le Conseil d'Etat le jugement du Tribunal administratif⁴⁶⁹ rejetant la demande d'annulation de la décision de l'inspecteur du travail refusant d'accorder l'autorisation de licenciement suite à ces faits, dès lors que ceux-ci caractérisent une faute d'une gravité suffisante.

⁴⁶⁴ Art. 431-1 du Code pénal : « Le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice de la liberté d'expression, du travail, d'association, de réunion ou de manifestation est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende »

⁴⁶⁵ CE, 1^{er} avril 1992, Moreau, req. n° 112826

⁴⁶⁶ CE, 2 février 1996, Société établissements Crocquets, req. n° 1524061

⁴⁶⁷ TGI Saverne, 22 juillet 1983, RPDS février 1984, req. n° 466, p. 35

⁴⁶⁸ CE, 9 décembre 1977, Société Gallice, req. n° 03370

⁴⁶⁹ TA de Lyon, 15 avril 1976, Société Gallice

Cette jurisprudence est confirmée par la suite. Lors de sa participation à une manifestation organisée devant le siège de sa société (donc durant l'exercice du mandat), un salarié protégé distribue des tracts et brochures contenant des imputations graves et injurieuses à l'égard du gérant de la société ainsi que des affirmations visant à ternir l'image de cette société auprès de ses clients. Le Conseil d'Etat qualifie ce comportement de « détaché de l'exercice normal des fonctions représentatives exercées par un délégué syndical » – cette anormalité étant signe d'une faute d'une gravité suffisante à justifier un licenciement⁴⁷⁰. Même en dehors du conflit collectif, la vérification de la normalité des échanges perdure. Il a été jugé que les injures proférées pendant une réunion par un délégué du personnel contre certains aspects de la vie privée de l'employeur peuvent sortir de cette normalité. Elles sont alors fautives et fondent un licenciement⁴⁷¹.

Enfin, l'exercice de la liberté d'expression n'autorise pas la diffamation. La dénonciation par un élu du personnel, sans preuve, en des termes suivants de la situation de l'entreprise ne répond pas aux exigences propres à l'exécution normale du mandat dont est investi cet élu : « Il y a des cas de maltraitance avérés. J'ai vu des personnes passer des journées en camisole chimique ou ne pas être changées de toute une nuit. Le bâtiment n'est plus d'ailleurs aux normes (...) Cela alors que l'argent existe. L'association est financée par des fonds publics, des dons et cotisations des familles. On regrette que les fonds ne servent pas aux handicapés mais à payer des frais de justice pour attaquer les salariés de l'association qui entendent faire respecter les droits des malades et le code du travail ». Ce comportement rend impossible son maintien dans l'entreprise⁴⁷².

§2. LA FAUTE PAR VOIE D'OMISSION

Le salarié protégé doit observer une ligne de conduite. Ne pas s'y tenir ou l'ignorer peut être considéré par le juge comme un exercice anormal du mandat. Cette faute par voie d'omission se manifeste surtout lors des conflits collectifs, si le salarié investi d'une mission d'intercession ne joue pas un rôle modérateur (A) ou s'il commet toute autre

⁴⁷⁰ CE, 1^{er} juin 1979, Société Soviali, req. n°09231

⁴⁷¹ CE, 28 juillet 1993, Société transports André Izard et compagnie, req. n°140778

⁴⁷² TA Lyon, 27 décembre 2006, Barriol, req. n° 0407223

carence fautive par rapport à sa mission (B).

A. La faute issue de l'absence de rôle modérateur pendant les conflits collectifs

Le mandat du salarié protégé comprend une mission d'intercession. Celle-ci définit une autre facette de la « normalité » de l'action d'un salarié protégé dans le cadre de son mandat. Il est censé être un agent d'apaisement des conflits collectifs. S'il manque à cette conduite, il tombe dans l'exercice anormal du mandat et commet une faute qui justifie un licenciement.

L'arrêt qui énonce ce principe a été rendu par le Conseil d'Etat en 1979⁴⁷³. L'inspection du travail autorise le licenciement de deux délégués du personnels qui, avec un groupe d'ouvriers, avaient retenu le directeur d'une usine de pneumatiques dans sa voiture puis dans son bureau, et ce pendant toute une nuit. Le recours hiérarchique au Ministre du travail confirme cette décision, et refuse aux requérants d'annuler le licenciement. Ce refus est attaqué devant le Tribunal Administratif de Lyon qui décide que les deux autorisations de licenciement sont indues, dès lors que les faits reprochés ne sont pas d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement⁴⁷⁴. Saisi en appel, le Conseil d'Etat annule partiellement le jugement, estimant que le licenciement de Monsieur Berthe est justifié mais pas celui de Monsieur Liger.

La justification d'une telle différence de traitement entre le premier et le second est riche d'enseignements sur la définition d'un comportement normal pendant un conflit social. Il résulte de l'instruction que Monsieur Liger a eu un *rôle modérateur*, qu'il a tempéré les discussions et évité qu'elles ne dégénèrent en actes de violence sur le directeur ou de déprédation sur le matériel. Il a donc joué son rôle normal de représentant des intérêts collectifs. Ce n'est pas le cas de Monsieur Berthe, qui n'a rien fait pour calmer les débats, commettant une faute par omission à la suite de laquelle l'employeur pouvait légalement rompre le contrat de travail.

Dans cette nuit de février 1976, le rôle modérateur de Monsieur Liger est devenu standard de normalité de l'action du salarié protégé en situation de conflit collectif. Assimiler ainsi ce comportement à une ligne de conduite normale est parfaitement justifié, au vu de l'apport de l'économie et du management sur cette problématique. La notion de

⁴⁷³ CE, 27 juin 1979, Manufacture française des pneumatiques Michelins, req. n°13069

⁴⁷⁴ TA Rennes, 24 mai 1978, Berthe et Liger

rôle normal du salarié protégé lors des conflits collectifs a notamment été définie par l'analyse d'Albert Hirschman⁴⁷⁵. Ce dernier a modélisé la réaction des agents économiques face à la firme, à savoir le paradigme LDF, loyauté/défection/dialogue. Lorsque la firme agit, cela peut susciter trois types de réaction : soit une adhésion (la loyauté), soit un rejet (la défection), soit encore une prise de parole (le dialogue). Selon Hirschman, cette analyse vaut pour tous les agents liés à la firme, du consommateur au salarié. Dans cette configuration, le rôle du représentant des intérêts collectifs est primordial : s'il ne garantit pas la loyauté, il évite tout de même la défection grâce au dialogue. Son action tend donc à limiter les ruptures brutales avec la firme. Le modèle *insiders-outsiders*⁴⁷⁶, introduit par Lindbeck et Snower, montre également que les *insiders* tels que les salariés protégés tendent à être plus enclins aux échanges avec la firme car ils sont plus introduits dans sa structure.

Cette théorie – le comportement normal des salariés protégés est de tempérer les conflits sociaux - a été validée empiriquement par une étude récente sur le processus de conflit social à la Société générale entre 1992 et 1994⁴⁷⁷. Toutefois, il serait possible de trouver des contre-exemples (la jurisprudence *Manufactures française des pneumatiques Michelin* en est un). Les modèles de Hirschman et de Lindbeck représentent bien sûr une tendance majoritairement observée. Il peut y avoir des écarts au comportement moyen, d'où la nécessité de les prévenir par le droit.

B. Les autres types de carence fautive

Bien que l'absence de rôle modérateur pendant un conflit collectif soit la cause de licenciement pour carence fautive la plus courante pour les salariés protégés, il existe d'autres causes de licenciement pour faute par voie d'omission.

La jurisprudence montre qu'est sanctionnée la carence qui constitue une faute

⁴⁷⁵ HIRSCHMAN Albert, Défection et prise de parole, Fayard, 1970, p. 77

⁴⁷⁶ LINDBECK Assar et SNOWER Dennis, *The Insider-Outsider Theory of Employment and Unemployment*, Cambridge, 1989, pp. 5 à 31. Le modèle différencie les *insiders*, ceux qui sont dans la firme avec un contrat de travail stable et les *outsiders*, à savoir les chômeurs. Plus un salarié est *insider*, plus il tend à collaborer avec la firme. Or, quoi de plus *insider* qu'un salarié protégé investi d'un mandat de représentation, lié par un mandat officiel à la structure collective ?

⁴⁷⁷ CHEKKAR Rahma et ONEE Stéphane, Autopsie d'un mouvement social. La Société générale (1992-1994), *Revue française de gestion*, 2011, n° 217, p. 137-153

d'une gravité suffisante. Celle-ci est reconnue quand le salarié protégé laisse une tierce personne poser des dispositifs d'écoute et d'enregistrement des débats où se réunissaient d'autres représentants du personnel dont lui-même⁴⁷⁸. L'arrêt note que c'est en raison de son mandat que le salarié protégé fautif a pu avoir connaissance de la pose de matériel d'écoute et d'enregistrement, et non grâce à la simple exécution de son contrat de travail. Pour ces raisons, le Conseil d'Etat confirme le raisonnement de l'inspection du travail, du Ministre du travail et du Tribunal administratif d'Amiens⁴⁷⁹ tendant à confirmer l'autorisation de licenciement pour faute résultant d'une utilisation anormale du mandat.

Néanmoins, toute abstention n'est pas sanctionnée : la carence peut être insuffisamment fautive. Le trésorier sortant qui ne communique pas certains éléments de comptabilité ou d'archives à ses successeurs ne se rend pas coupable d'un manquement à son comportement normal qui justifie son licenciement⁴⁸⁰. Bien que le Code du travail oblige les membres du comité à « rendre compte au nouveau comité de leur gestion [en remettant] aux nouveaux membres du comité tous documents concernant l'administration et l'activité du comité »⁴⁸¹, le salarié protégé a produit une partie significative des justificatifs demandés. La seule exception à cette communication concerne les justificatifs de dépenses du comité d'entreprise, et cette non-production ne constitue pas une faute présentant un caractère de gravité suffisant pour justifier un licenciement.

II. LE NOUVEAU REGNE DU TROUBLE OBJECTIF

L'arrêt *Patarin*⁴⁸² est un véritable bouleversement dans la manière de considérer les agissements des salariés protégés dans l'exercice de leur mandat. Ceux-ci sortent du terrain disciplinaire, et ne peuvent plus être qualifiés de fautifs (§1). Pour éviter tout débordement dans l'exercice du mandat, celui-ci demeure encadré par la notion de trouble objectif (§2).

⁴⁷⁸ CE, 10 novembre 1993, Stroisch, req. n° 112793

⁴⁷⁹ TA Amiens, 10 novembre 1989, Stroisch

⁴⁸⁰ CE, 29 novembre 1997, Flandres Denim

⁴⁸¹ Article R.432-5 du Code du travail

⁴⁸² CE, 4 juillet 2005, Patarin : req. n° 272-193, Rec. 306, RJS 2005 n° 1121

§1. LE FAIT COMMIS DANS L'EXERCICE DU MANDAT SORTI DU TERRAIN DISCIPLINAIRE

Les agissements commis dans l'exercice du mandat ne peuvent plus être envisagés sous l'angle de la faute, car tout ce qui est hors de l'exécution du contrat de travail n'est par principe pas inclus dans le champ disciplinaire. Cette solution établie par les juridictions judiciaires (A), est reprise par le Conseil d'Etat avec l'arrêt *Patarin* (B).

A. Une solution de la Cour de cassation...

La Cour de cassation affirme dans les années 1990 que les manquements situés hors du contrat de travail ne relèvent pas du contrôle disciplinaire de l'employeur. Cela a pour conséquence de placer le contrôle des actes exécutant un mandat en dehors de la qualification de faute.

Pour comprendre cette sortie du champ disciplinaire, il faut se replacer dans le contexte de l'époque. Le pouvoir de l'employeur est, à l'époque, très envahissant et s'étend sur de nombreux aspects de la vie du salarié. Par le biais de la faute qui peut justifier un licenciement pour motifs disciplinaire, l'employeur s'immisce dans des domaines de la vie privée de ses salariés. Le *Traité de droit du travail* de Paul Durand⁴⁸³, ouvrage devenu classique, affirme que l'employeur a le droit de contrôler certains actes clairement situés hors de l'exécution du contrat de travail. Cette thèse est constante chez la Cour de cassation, avec la confirmation de licenciements prononcés après que le salarié refuse de quitter son épouse⁴⁸⁴ ou suite à un remariage après divorce⁴⁸⁵. Cette emprise de l'employeur devient rapidement anachronique et considérée comme excessive, et ce dès l'article du Professeur Despax sur le sujet en 1963⁴⁸⁶. La chambre sociale de la Cour de cassation acte cette évolution et procède à un revirement avec l'arrêt *Rossard* de 1992, qui casse un arrêt de Cour d'appel confirmant un licenciement pour faute tirée d'une

⁴⁸³ Paul Durand, *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1960, cité par Michel Despax, *La vie extraprofessionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail*, JCP 1963, I, 1776.

⁴⁸⁴ Cass. Soc., 8 juillet 1960, Bull. civ. V, n° 181

⁴⁸⁵ Cass. Ass. Plén., 19 mai 1978, Bull. Ass. Plén., n° 1

⁴⁸⁶ Michel Despax, *La vie extraprofessionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail*, JCP 1963, I, 1776.

utilisation, par un salarié des usines Renault, d'un véhicule acheté chez Peugeot⁴⁸⁷. Ce changement jurisprudentiel a été validé, par la loi du 31 décembre 1992⁴⁸⁸ suggérée par le rapport Lyon-Caen⁴⁸⁹: « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ».

Le principe de la loi, qui établit une séparation entre l'exécution du contrat de travail et le reste, servait à l'origine à protéger la vie privée et la liberté individuelle. Plus tard, il a été étendu à la protection d'une liberté collective : celle de pouvoir représenter des intérêts collectifs, que possède tout salarié protégé investi d'un mandat. Si une sanction disciplinaire ne peut être prononcée que dans le cadre du contrat de travail alors, l'exécution du mandat, située en dehors de l'exécution du contrat de travail, ne peut donner lieu à une sanction disciplinaire, et donc a fortiori à un licenciement pour faute. La Cour de cassation juge dans ce sens de manière constante, une illustration récente étant son arrêt du 26 octobre 2010⁴⁹⁰. Deux membres du comité d'entreprise européen d'un laboratoire pharmaceutique reçoivent un avertissement au motif de leur arrivée tardive à la réunion de cette institution. La Cour d'appel rejette les demandes des salariés tendant à l'annulation des avertissements, au motif que le temps passé à cette réunion constituait un temps de travail durant lequel les salariés restaient soumis au pouvoir disciplinaire. Or, dans la mesure où un fait commis dans l'exercice d'un mandat représentatif ne peut constituer une faute, la Cour de cassation casse et annule l'arrêt, estimant que le retard reproché aux salariés concerne l'exercice de leurs mandats représentatifs. Pour le Professeur Bernard Bossu, cet arrêt constitue l'achèvement de « l'immunité disciplinaire »⁴⁹¹ de l'exercice du mandat : « lorsqu'un représentant du personnel exerce son mandat, il est légitime de poser en principe qu'il ne peut faire l'objet d'une sanction disciplinaire »⁴⁹² car « un fait fautif ne peut s'entendre que d'un fait du salarié contraire à ses obligations à l'égard de l'employeur »⁴⁹³.

⁴⁸⁷ Cass. Soc., 22 janvier 1992, Bull. civ. V, n°30

⁴⁸⁸ Loi n°92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail au temps partiel et à l'assurance chômage

⁴⁸⁹ Gérard Lyon-Caen (1992), Les libertés publiques et l'emploi

⁴⁹⁰ Cass. Soc., 30 juin 2010, Chaput et a. c/ SNC Laboratoire MSD Chibret, n° 06-66.792 et n° 09-66.793

⁴⁹¹ Bernard Bossu (26 octobre 2010), JCP S n° 43, p. 1444

⁴⁹² Idem

⁴⁹³ Cass. Soc., 4 juillet 2000, Maury c. Société SOVAB, Bull. n° 263

B. ...Reprise par l'ordre administratif

L'arrêt *Patarin* se réapproprie cette évolution : face à des faits commis dans l'exercice du mandat, « il a bien pour objet d'abandonner la référence à la notion de faute dans le raisonnement du juge »⁴⁹⁴.

Rendu le 4 juillet 2005 suivant les conclusions du Commissaire du gouvernement Anne-Françoise Roul, l'arrêt concerne Madame Patarin, déléguée du personnel, membre du comité d'établissement, déléguée syndicale et conseiller prud'homme d'une société vendéenne, qui a omis de remettre les documents comptables aux membres du comité d'établissement, contrairement aux dispositions de l'article R.432-15 du code du travail. Selon cette disposition, les membres du comité doivent « rendre compte au nouveau comité de leur gestion [en remettant] aux nouveaux membres du comité tous documents concernant l'administration et l'activité du comité », ce que Madame Patarin n'a pas fait.

La jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière⁴⁹⁵ avait déjà proposé une solution pour ce cas précis. Il s'agissait de se placer sur le terrain de la faute. Cette faute était avérée quand la quantité de documents non transmise était léonine. Au contraire, elle n'était pas reconnue si le nombre de documents non transmis était négligeable ou sans conséquences pour les représentants du personnel à venir. Cette jurisprudence était appliquée à l'ensemble des comportements incompatibles avec le mandat. Par exemple, le licenciement d'une déléguée syndicale qui avait détourné des fonds en sa qualité de trésorière du comité d'entreprise est justifié. Le comportement de l'intéressée, qui a reconnu les faits en cause, rendait impossible son maintien dans l'entreprise même si elle y occupait des fonctions modestes d'agent technique de méthode qualité, comme responsable de la constitution des dossiers d'assurance qualité, sans lien avec le domaine financier. C'est à bon droit que l'inspection du travail avait autorisé le licenciement pour faute⁴⁹⁶.

C'est le raisonnement qu'avait adopté la Cour administrative d'appel de Nantes. Or, le Conseil d'Etat, après avoir noté que « les faits reprochés à Madame Patarin n'ont pas été commis à l'occasion de l'exécution du contrat de travail », considère que la Cour administrative a commis une erreur de droit en se plaçant ainsi sur le champ disciplinaire.

⁴⁹⁴ Instruction DGT 2007/08 relative au traitement d'une demande d'autorisation du licenciement de salariés protégés à raison de faits commis dans l'exercice du mandat

⁴⁹⁵ CE, 29 novembre 1997, Flandres Denim

⁴⁹⁶ CAA Lyon, 30 novembre 2010, req. n°08LY01539

Pour Yves Struillou⁴⁹⁷, « la solution retenue à l'occasion de l'arrêt Patarin (...) [a pour conséquence] de ne pas qualifier de fautifs les faits survenus en dehors de l'exécution par le salarié de ses obligations à l'égard de l'employeur et en l'absence de tout lien de subordination ». Le commentaire de *Liaisons sociales*⁴⁹⁸ tend aux mêmes conclusions, dans un style plus lapidaire : « Peut-on licencier un salarié protégé en raison d'une faute commise à l'occasion de l'exercice de son mandat ? – Non ».

La jurisprudence *Patarin* est confirmée très peu de temps après. Dans un arrêt du 9 novembre 2005, le Conseil d'Etat affirme que le licenciement disciplinaire licenciement ne peut se fonder sur les exigences éthiques du mandat : « l'employeur ne saurait utilement se prévaloir des effets du comportement d'un salarié sur sa crédibilité dans l'exercice de ses mandats syndicaux »⁴⁹⁹.

§2. LE TROUBLE OBJECTIF SUBSTITUE A LA FAUTE

La faute ayant été chassée des faits concernant l'exécution du mandat, il faut assortir cette immunité disciplinaire de tempéraments : c'est ce qu'ont fait les juridictions judiciaires en définissant le licenciement pour troubles objectifs, qui permet à l'employeur d'avoir une prise sur les faits commis hors de l'exécution du contrat de travail. La solution est si appropriée qu'elle a été reprise par le Conseil d'Etat (A) et, autant que faire se peut, par les juridictions administratives ordinaires et par l'administration (B).

A. La notion de trouble objectif, passée des juridictions judiciaires aux juridictions administratives

L'exécution du mandat jouit désormais de l'immunité disciplinaire. Toutefois, elle ne doit pas devenir un lieu de laissez-faire où tout est autorisé, au risque d'une dérive préjudiciable. C'est pourquoi la Cour de cassation puis le Conseil d'Etat ont adhéré à la notion de trouble objectif.

⁴⁹⁷ Rapporteur de l'affaire, ces lignes sont tirées de son manuel coécrit avec Hubert Rose (Hubert Rose, Yves Struillou (2011), Droit du licenciement des salariés protégés, Economica, précité). Gageons, en raison de sa proximité avec l'affaire en question, qu'il s'est chargé de l'écriture de ce passage précis (début du Chapitre VI)

⁴⁹⁸ Numéros juridiques Liaisons Sociales, n° 2012-3, Lamy, 2012

⁴⁹⁹ CE, 9 novembre 2005, req. n° 261874

L'immunité disciplinaire ne doit pas priver l'entreprise de moyens de licenciement d'un salarié qui aurait un comportement intolérable dans l'exécution de son mandat, qu'il commette des brutalités sur d'autres salariés dans une réunion de représentants du personnel ou qu'il relaye des imputations mensongères de nature à nuire aux intérêts de l'entreprise⁵⁰⁰. Constatant pour ces raisons la nécessité d'un moyen d'action sur les aspects extérieurs à l'exécution du contrat de travail, la Cour de cassation a découvert de façon purement prétorienne la notion de trouble objectif. Le premier arrêt à faire application de cette notion est celui donné le 16 décembre 1998 par la chambre sociale de la Cour de cassation⁵⁰¹. Un salarié investi d'un rôle de lobbying dans une entreprise est condamné pour des infractions graves au droit des sociétés, commises alors qu'il occupait un autre emploi. Alors que la Cour d'appel a estimé que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse, la Cour de cassation ne rejoint pas ce raisonnement. La haute juridiction avance « qu'une large publicité avait été donnée, dans la presse, à une condamnation pénale prononcée pour des infractions à la législation sur les sociétés concernant un salarié occupant des fonctions importantes de représentation vis-à-vis des administrations, des collectivités publiques et d'autres sociétés, d'autre part que cette situation était de nature à entraver la marche de l'entreprise ; qu'elle fait ainsi ressortir l'existence d'éléments objectifs donnant une cause sérieuse au licenciement ».

Clairement énoncée, la notion de trouble objectif connaît grâce à la mise en valeur de la Cour de cassation une fortune certaine dans des domaines extérieurs à l'exécution du contrat de travail tels que la vie personnelle⁵⁰² ou l'état de santé⁵⁰³. Le Conseil d'Etat l'utilise aussi pour les problématiques de licenciement de salariés protégés pour des faits commis dans l'exercice de leur mandat. Dans cette perspective, l'arrêt *Patarin* est un prolongement du travail des 15 dernières années lorsqu'il énonce que « dans le cas où la demande de licenciement est motivée par un acte ou un comportement de salarié survenu en dehors de l'exécution de son contrat de travail, notamment dans l'exercice de ses fonctions représentatives, il appartient à l'inspecteur du travail, et le cas échéant au ministre, compte tenu de leur répercussion sur le fonctionnement de l'entreprise,

⁵⁰⁰ Philippe Dondou, Le contrôle du juge administratif sur les décisions administratives relatives aux licenciements des représentants du personnel : la nouvelle jurisprudence du Conseil d'Etat, Dr. Soc. 1976 p. 352

⁵⁰¹ Cass. Soc., 16 décembre 1998, req. n°96-43.510

⁵⁰² Cass. Soc., 12 mars 1991, req. n° 88-43.051

⁵⁰³ Cass. Soc., 2 décembre 2003, req. n° 01-43.227

d'apprécier si les faits reprochés sont de nature à rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, eu égard à la nature de ses fonctions et à l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé ». Signe que la boucle est désormais bouclée : la notion de trouble objectif, élaborée par la Cour de cassation a été appliquée par le Conseil d'Etat pour justifier une sanction liée au mandat, et cette dernière application a été ensuite incorporée à la jurisprudence de la Cour de cassation, comme l'a remarqué Laurent Beziz à l'occasion d'un arrêt de la Chambre sociale de 2010⁵⁰⁴.

B. Les applications du remplacement de la faute par le trouble objectif au sein de l'ordre administratif

Parmi l'ordre administratif, les exemples d'adhésion réelle au raisonnement du Conseil d'Etat ne sont pas nombreux. On en recense néanmoins dans les juridictions administratives et à la direction générale du travail.

La Cour administrative d'appel de Marseille a appliqué la jurisprudence *Patarin* avec rigueur, notamment lors de son arrêt *Société méditerranéenne de nettoyage*⁵⁰⁵. La société requérante a formé un appel contre un jugement du Tribunal qui avait refusé d'annuler la décision n'accordant pas l'autorisation de licencier un salarié protégé, au motif que les motifs de faute reprochés au salariés n'étaient pas fondés en fait. A l'appui de l'appel, elle soutient que les faits qu'elle impute au salarié protégé (participation à une grève illicite, entrave à la liberté du travail ... tous étant liés à l'exercice du mandat) caractérisaient une faute d'une gravité suffisante à justifier à licenciement.

La Cour administrative d'appel ne se contente pas de réfuter, un par un, les griefs adressés au salarié. Animée par un souci pédagogique, elle précise qu'il ne fallait pas se placer sur le terrain disciplinaire pour demander le licenciement pour des faits situés dans l'exercice du mandat, mais bien soulever la question du trouble objectif. Les termes utilisés pour rejeter la requête de la société méditerranéenne de nettoyage résonnent avec ceux de l'arrêt *Patarin*, dans un mimétisme qui évoque la loi d'imitation propre à la formation de l'autorité morale d'une jurisprudence. « Il ne ressort pas des pièces du dossier (...) que le comportement de Monsieur A. ait eu une répercussion sur le fonctionnement de

⁵⁰⁴ Laurent Beziz , Le pouvoir disciplinaire à l'épreuve des mandats, Semaine Sociale Lamy n°2011-1477, 2011 ; (Commentaire de Cass. Soc., 30 juin 2010, n°09-66.792)

⁵⁰⁵ CAA de Marseille, 22 novembre 2011, Société méditerranéenne de nettoyage, req. n°09MA03948

l'entreprise rendant impossible son maintien dans l'entreprise »⁵⁰⁶.

Appliqué au moins par la Cour administrative d'appel de Marseille, l'apport de l'arrêt Patarin est aussi observé avec déférence par la direction générale du travail, dont le département du soutien et de l'appui au contrôle a produit une instruction en juillet 2007⁵⁰⁷. Cette directive donnée aux inspections du travail définit une grille d'analyse aux inspecteurs saisis d'une demande d'autorisation de licenciement fondée sur des faits commis à l'occasion de l'exercice des fonctions représentatives du salarié. Après avoir indiqué l'impact de l'arrêt Patarin, elle rappelle qu'une faute n'est pas un motif de licenciement dans ce cas de figure. Puis, la direction générale du travail demande aux inspecteurs de ne plus contrôler la faute, mais de vérifier si les faits rendent impossibles la poursuite du contrat de travail et, plus concrètement, de montrer qu'ils ont intégré ce changement en bannissant le mot « faute » de leur vocabulaire pour un tel type de licenciement.

Cette volonté de la direction générale du travail a-t-elle été respectée par l'inspection du travail ? Il n'est pas possible de répondre directement à la question, les autorisations de licenciements n'étant pas diffusées de manière publique. Mais l'expérience et les théories sur l'organisation collective permettent d'en douter. En effet, l'inspecteur est indépendant vis-à-vis du gouvernement, comme stipulé par l'article 6 de la Convention de l'organisation du travail de 1981, et de cette indépendance résulte une liberté d'appréciation (art. 17 de la Convention précitée). L'inspecteur du travail n'est pas tenu d'appliquer les ordres de la direction générale du travail, et d'adhérer à *Patarin*. Selon la théorie de l'agence⁵⁰⁸, cela crée un dilemme principal-agent, car il n'y a pas de moyen de contrainte à la disposition du principal (la direction générale du travail) pour que l'agent (l'inspection du travail) respecte sa volonté. Il est plus vraisemblable que l'échelon n-1 reste libre par rapport à l'échelon n, et que l'instruction ne soit pas suivie d'effet. D'autant

⁵⁰⁶ 10^e considérant de CAA Marseille, 22 novembre 2011, Société méditerranéenne de nettoyage, req. n°09MA03948

⁵⁰⁷ Direction générale du travail (2007), Instruction DGT 2007/08 relative au traitement d'une demande d'autorisation du licenciement de salariés protégés à raison de faits commis dans l'exercice du mandat

⁵⁰⁸ Fondée par l'article écrit 1970 par George Akerlof « *The Market for lemons* », article qui a valu à son auteur le prix Nobel en 1991

plus, si l'on considère la théorie de Douglass North⁵⁰⁹ sur les institutions, tout corps administratif est une institution en soi, averse au changement et présumée conservatrice. Elle est une force de stabilité, ce qui n'appuie pas l'idée d'un respect des instructions de la direction générale du travail concernant l'arrêt *Patarin*.

SECTION II. AUCUNE RENOVATION DU LICENCIEMENT POUR ACTE COMMIS DANS L'EXERCICE DU MANDAT SANS EVOLUTION LEGISLATIVE

Le pouvoir hiérarchique a été apparemment chassé par le juge hors du licenciement disciplinaire pour des faits liés au mandat. Cette évolution tient de l'illusion. Le pouvoir hiérarchique est toujours présent dans ce type de contentieux (I). Cette persistance invite à repenser réellement le licenciement du salarié protégé pour des faits commis dans l'exercice de son mandat (II).

I. CHASSE PAR LA PORTE, LE POUVOIR HIERARCHIQUE REVIENT PAR LA FENETRE

L'arrêt *Patarin* s'inscrit dans la logique de la jurisprudence sur le trouble objectif, qui cantonne le champ disciplinaire à l'exécution du contrat du travail. Cette volonté ne semble pas suivie d'effet. Le licenciement lié à l'exécution du mandat est toujours soumis plus ou moins implicitement à l'existence d'une faute (§1). En conséquence, les salariés protégés demeurent soumis au pouvoir disciplinaire de l'employeur quand ils agissent dans le cadre de leur mandat (§2).

§1. LA PERSISTANCE DE LA FAUTE POUR MOTIVER UN LICENCIEMENT LIE A L'EXECUTION DU MANDAT

Dans de nombreuses illustrations jurisprudentielles, la faute est toujours le standard du licenciement pour actes commis dans l'exécution du mandat. Ce standard est imposé

⁵⁰⁹ Douglass North a été prix Nobel d'économie en 1993 pour ses travaux sur la nouvelle économie institutionnelle, et notamment pour la théorie des institutions, résumée et vérifiée dans Douglass North, *Empirical Studies in institutional Change*, Cambridge University Press, 1990

soit de façon assumée (A), soit d'une manière plus insidieuse, qui consiste à appeler une faute un trouble objectif (B).

A. La persistance assumée

Le critère de la faute persiste de façon assumée : le juge affiche clairement son contrôle de certains éléments liés à l'exécution du mandat à l'aide de la faute. Cette tendance, trop généralisée pour être une résistance ponctuelle, est observable dans le contentieux des licenciements pour exercice anormal de la fonction représentative de représentants du personnel, en temps de conflit collectif comme en temps ordinaire.

A titre liminaire, notons que les personnes privées comme publiques ne tiennent pas compte des changements de la jurisprudence depuis 2005 : elles demandent toujours au juge de faire droit à leur demande, en constatant la présence (ou l'absence) d'une faute du salarié protégé dans l'exercice de son mandat. Devant la Cour administrative d'appel de Bordeaux, la *Société HAEF* soutient que les initiatives d'un des membres du comité d'établissement ont perturbé le fonctionnement régulier des institutions représentatives du personnel, et que ce comportement caractérise « une faute grave »⁵¹⁰. Fin 2011, devant la Cour administrative d'appel de Nancy, un salarié protégé estime que sa « faute [organisation d'un blocage de camions] est d'une gravité insuffisante pour justifier son licenciement »⁵¹¹, et le ministre du travail discute aussi de l'affaire sur le plan disciplinaire. Ces requérants ne semblent pas avoir pris le tournant de l'arrêt *Patarin*. Ont-ils tort ? Sans doute non, car les juges leur donnent raison et font droit à leurs arguments fondés sur le terrain disciplinaire.

Ce refus de tirer les conséquences de l'arrêt *Patarin* est logique en ce qui concerne les agissements des salariés protégés en période de conflits collectifs, qui demeurent dans le champ disciplinaire, dès lors que la loi dispose que le contrat de travail du salarié gréviste ne peut être rompu sauf faute lourde commise par celui-ci⁵¹².

Pour le contrôle de la nature de la grève (illicite ou non), il est toujours retenu que la tenue d'une grève illicite est une faute du salarié. Suite à un mouvement de

⁵¹⁰ CAA Bordeaux, 25 novembre 2008, Société Hydro Aluminium Extrusion France, req. n° 07BX00921

⁵¹¹ CAA Nancy, 22 septembre 2011, M. Stéphane A., req. n°01NC01570

⁵¹² Code du travail, article L.2511-1

ralentissement de la production de l'entrepôt⁵¹³ instigué par un salarié protégé, l'inspection du travail refuse le licenciement de ce dernier. Le Tribunal administratif⁵¹⁴ annule cet acte administratif. La Cour administrative d'appel confirme cette décision, précisant qu'il « ressort des pièces du dossier, notamment des procès-verbaux, constats et témoignages qu'il [le salarié protégé] a pris une part personnelle excédant le cadre de l'exercice normal de ses fonctions représentative » et donc, que c'est à bon droit que le Tribunal a annulé le refus d'autoriser le licenciement fondé sur « la faute reprochée à ce salarié protégé »⁵¹⁵. Lorsqu'un salarié protégé participe à une grève illicite lancée sans préavis⁵¹⁶ dont il est initiateur, il ne commet pas en revanche de faute quand l'employeur chargé d'une mission de service public n'a pas informé au préalable les salariés de l'exigence d'un tel avis préalable⁵¹⁷.

La jurisprudence *Manufacture française des pneumatiques Michelin*⁵¹⁸ de 1979, qui définit le rôle modérateur du salarié n'a pas non plus évolué depuis *Patarin*, du fait d'une absence de changement législatif : le salarié protégé qui s'abstient ou non de jouer un rôle modérateur durant un conflit collectif voit son action qualifiée de faute suffisamment grave (ou non). La Cour administrative d'appel de Paris estime que « les faits reprochés à Monsieur A. » démontrent que celui-ci n'a « pas joué le rôle modérateur que doit remplir un délégué syndical dans un conflit du travail »⁵¹⁹. A contrario, celui qui joue ce rôle ne commet pas, selon la juridiction administrative statuant en 2008, de faute suffisamment grave⁵²⁰ pour justifier son licenciement.

Enfin, le conflit collectif est un moment de tensions particulières, où la polémique est vive et les échanges relevés. Agissant dans le cadre de leur mission d'intercession avec l'employeur, certains salariés protégés s'expriment avec peu d'ambages. La jurisprudence

⁵¹³ Ce type de grève est une grève illicite seulement si sa tenue procède d'une volonté de désorganiser l'entreprise (Cass. Soc., 18 avril 1963, Bull. civ. IV n° 316)

⁵¹⁴ TA Versailles, 25 septembre 2006, Société ATAC, req. n°0407130

⁵¹⁵ CAA Versailles, 18 septembre 2007, M. Mikael Duneau, req. n°06VE02484

⁵¹⁶ Les articles L.521-1 à -3 du Code du travail disposent qu'une grève sans préavis est illicite dans les entreprises chargées d'une mission de service public, sauf si ses employés n'ont pas été prévenus au préalable qu'une telle grève était illicite

⁵¹⁷ CAA Marseille, 22 novembre 2011, Société méditerranéenne de nettoyage, req. n°09MA03948

⁵¹⁸ CE, 27 juin 1979, Manufacture française des pneumatiques Michelin, req. n°13069

⁵¹⁹ CAA Paris, 10 mai 2012, Abdelkader A, req. n°11PA03094

⁵²⁰ CAA Douai, 11 juin 2008, Société Camaïeu International, req. n°06DA00822

n'a ici également pas pu suivre le revirement *Patarin* et apprécie la présence ou l'absence d'une faute constituée par l'injure proférée dans ce contexte. La seule évolution est sans doute une plus grande tolérance dans les termes utilisés : si en 1977⁵²¹, qualifier le supérieur hiérarchique de « salaud » pendant une négociation collective était une faute d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement du salarié, ce n'est plus le cas en 2011⁵²².

En revanche, aucun texte de loi n'empêche d'utiliser *Patarin* pour qualifier l'usage hors conflit collectif des prérogatives de salarié protégé. Pourtant il est jugé que si celles-ci sont utilisées de façon abusive, cela peut justifier un licenciement pour faute, nonobstant la recommandation de *Patarin* selon laquelle le juge devrait se placer sur le plan du trouble objectif.

Ainsi, la Cour administrative d'appel de Nantes continue à analyser les manquements dans l'exercice du mandat sous l'angle de la faute. Jugés en 2011, les faits de l'espèce sont plutôt remarquables. La CAA de Nantes a eu à juger de la consultation par un salarié élu durant une période qui aurait dû être dévolue à l'exercice de fonctions représentatives du personnel, sur son lieu de travail, des sites internet pornographiques, pédopornographiques et zoophiles depuis un ordinateur du comité d'entreprise. La CAA juge que la consultation d'images pornographiques et zoophiles n'est pas en elle-même constitutive d'une faute de nature à justifier un licenciement, même si elle a été accomplie au moyen d'un matériel de l'entreprise. Il en est différemment de la consultation d'images pédophiles, qui constitue un délit pénal prévu par l'article 227-23 du code pénal. Un tel comportement étant de nature à porter préjudice à l'employeur, qui notamment pouvait apparaître comme un usager de sites prohibés et supportait des risques informatiques accrus, et à perturber le fonctionnement de l'entreprise qui employait essentiellement du personnel féminin, rendait impossible le maintien de l'élu dans ladite entreprise⁵²³.

La Cour administrative d'appel de Lyon a rendu un arrêt qui laisse espérer à la lecture une analyse d'actes durant l'exercice du mandat qui quitterait le champ de la faute. L'usage abusif du crédit d'heures de délégations d'un délégué du personnel l'empêche de mener à bien ses tâches de ramassage scolaires, et « un tel comportement est de nature à nuire au bon fonctionnement du service public dont son employeur s'était vu confier la

⁵²¹ CE, 9 décembre 1977, Société Gallice, req. n°03370

⁵²² CAA Douai, 14 avril 2011, Société SANEF, n° 10DA00689, req. n°10DA00690

⁵²³ CAA Nantes, 20 octobre 2011, Sas Fragrance Production, req. n°10NT00535

charge par le département ». On peut croire que le juge a intégré le passage au trouble objectif, et qu'il va sanctionner les faits en cause en raison de leur répercussion sur le service public que l'entreprise assume. Quoi qu'il en soit, le juge poursuit son raisonnement, pour dire que l'utilisation des heures mises à sa disposition [...] a le caractère d'une « faute d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement ».⁵²⁴

Cette interprétation est partagée par la Cour administrative d'appel de Versailles : un gardien de prison qui s'absente à des réunions concernant son mandat de représentation collective sans prendre des diligences suffisantes pour que son service soit assuré en son absence commet « eu égard aux sujétions particulières pesant sur les salariés intervenant en milieu pénitentiaire (...), une faute d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement »⁵²⁵. Et il en va de même et d'une sanction similaire pour « l'imputation, sur des relevés d'heures de travail, de 81 « heures convoquées » par l'entreprise qui correspondent en fait à des heures de réunion du comité d'entreprise fictives », véritable « faute d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement »⁵²⁶.

La Cour administrative d'appel de Marseille paraît également ne pas avoir tiré toutes les conséquences du revirement Patarin. Elle se place toujours sur le terrain de la faute pour envisager des licenciements liés à l'exercice du mandat. La communication par un membre du comité d'établissement d'informations salariales nominatives à neuf membres élus dudit comité revêt un caractère fautif. Toutefois, cette communication dans le cadre d'une réunion restreinte de membres élus du comité d'établissement n'a pas en elle-même de répercussions importantes sur le fonctionnement de l'entreprise. Une telle faute dans l'exercice du mandat ne justifie pas un licenciement⁵²⁷.

Le cas de la Cour administrative d'appel de Paris est un peu plus particulier. Dans certaines affaires, les juges d'appel y continuent à faire référence à la notion de faute pour appréhender le comportement du salarié protégé dans l'exercice de son mandat. Ainsi la CAA de Paris juge que l'absence de prise en compte du dépassement du crédit d'heures comme la méconnaissance de l'obligation de remplir les bons de délégation ne constituent pas des faits caractérisant un comportement fautif⁵²⁸. Toutefois, les juges de la CAA de

⁵²⁴ CAA Lyon, 30 juillet 2009, M. Gérard Bougereau, req. n°08LY02591

⁵²⁵ CAA Versailles, 8 juin 2010, Société IDEX Energie, req. n°08VE01953

⁵²⁶ CAA Nancy, 5 juillet 2010, Société DS Smith Kayserberg, req. n°09NC00593

⁵²⁷ CAA Marseille, 5 mars 2013, SAS Vitembal SI, req. n°11MA04743

⁵²⁸ CAA Paris, 31 juillet 2012, Société Hôtel Kia Ora, req. n°11PA02647

Paris ont admis antérieurement que le comportement d'un salarié dans l'exercice de son mandat d'élu de l'intéressé ne relevé pas du pouvoir disciplinaire de son employeur. Dans le cas où la demande de licenciement est motivée par un acte survenu dans le cadre de l'exercice de ses fonctions représentatives, il appartient à l'inspecteur du travail de si les faits en cause sont établis et de nature, compte tenu de leur répercussion sur le fonctionnement de l'entreprise, à rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, eu égard à la nature de ses fonctions et à l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé⁵²⁹. Toutefois 2012, la formule de *Safer d'Auvergne* est reprise par la Cour administrative d'appel de Paris qui l'applique à tous les licenciements, qu'ils soient liés à des faits commis dans l'exercice du mandat ou non : « à l'instar des situations où le licenciement envisagé est fondé sur des motifs relevant de l'exécution du contrat de travail, l'inspecteur du travail, et le cas échéant au ministre, lorsque les faits portent sur l'exécution du mandat doivent rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les faits en cause sont établis et de nature, compte tenu de leur répercussion sur le fonctionnement de l'entreprise, à rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, eu égard à la nature de ses fonctions et à l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé. Ils sont investis par là d'un véritable pouvoir d'instruction »⁵³⁰.

B. La persistance dissimulée : appeler une faute un trouble objectif

De nombreux indices suggèrent que la jurisprudence sur le trouble objectif est sans conséquences, et conduit à appeler ce qui était une faute un trouble objectif. Le changement de qualifications est sans conséquences : les actes qui justifiaient un licenciement sont toujours les mêmes.

Ainsi, la présentation du manuel de référence en matière de *droit du licenciement des salariés protégés*, le Rose-Struillou⁵³¹, n'a pas réellement changé au sujet des fautes en lien avec l'exercice du mandat. Tout juste un ajout a-t-il été fait après l'exposé des fautes de nature à justifier un licenciement, précisant que le terrain disciplinaire a été abandonné, pour retenir celui du trouble objectif.⁵³² Dans la section⁵³³ consacrée aux autres fautes

⁵²⁹ CAA Paris, 30 juin 2010, Société DHL Productions req. n°10PA00507

⁵³⁰ CAA Paris, 27 novembre 2012, Magiera, req. n°11PA02925

⁵³¹ Hubert Rose, Yves Struillou, *Droit du licenciement des salariés protégés*, Economica, 2011

⁵³² *Idem*, pp. 716 et 719

⁵³³ *Idem*, Section III – les autres fautes commises dans l'exercice du mandat, p. 743

commises dans l'exercice du mandat, il est précisé que l'administration et les entreprises doivent « appliquer la grille du contrôle résultant de la jurisprudence du 5 juillet 2005 [Patarin] »⁵³⁴ issue de l'instruction DGT n°2007/08 du 18 juillet 2007 relative au traitement d'autorisation du licenciement de salariés protégés à raison de faits commis dans l'exercice du mandat.

Or, cette instruction n'apporte aucune nouvelle grille d'analyse, mais une obligation pour l'administration de s'en référer au trouble objectif en lieu de la faute. La seule recommandation qu'elle suggère aux inspecteurs du travail est formelle : abandonner l'usage du terme « faute ». Autrement dit : les mêmes faits sont sanctionnables et peuvent fonder un licenciement du salarié protégé. Dès lors, le changement est cosmétique, car destiné à laisser apparaître que le salarié protégé est, dans l'exercice de son mandat, soustrait au pouvoir hiérarchique de l'employeur. Comme nous allons le voir, rien n'est moins vrai.

§2. LE MAINTIEN DU POUVOIR HIERARCHIQUE DE L'EMPLOYEUR POUR DES ACTES CONCERNANT L'EXECUTION DU MANDAT

La jurisprudence *Patarin* ne parvient pas à extraire du champ disciplinaire les actes commis par le salarié dans l'exercice de son mandat. Au contraire, elle est un instrument de conservation de ce pouvoir hiérarchique, dans la mesure où la notion de trouble objectif, de par son champ étendu (A), permet à l'employeur d'infliger un licenciement sur des actes hors contrat de travail et de maintenir un pouvoir hiérarchique au-delà de l'exécution de celui-ci (B).

A. Le champ étendu du licenciement pour troubles objectifs

Parler de la notion de trouble objectif revient souvent à la décrire comme étant en crise⁵³⁵, et d'affirmer que cette crise est due à deux paramètres. Le premier est dû à un

⁵³⁴ Idem, p. 747

⁵³⁵ Philippe Waquet, Le Trouble objectif dans l'entreprise : une notion à redéfinir, *Revue de droit du travail*, 2011 p. 304

grand nombre de décisions contredisant cette jurisprudence⁵³⁶. Le second procède du champ trop large de la notion de trouble objectif, qui permet à l'employeur d'avoir un pouvoir disciplinaire dissimulé sur un domaine qui excède l'exécution du contrat de travail. En ce sens, l'exercice du mandat par le salarié protégé demeure sous le pouvoir disciplinaire de l'employeur, du fait du champ étendu de la notion de trouble objectif.

Le licenciement pour trouble objectif concerne de plus en plus de situations situées en dehors de l'exécution du contrat de travail. Au vu de décisions de la Cour de cassation qui relèvent que « les agissements [vol, par un délégué du personnel dans le cadre de sa vie personnelle d'un objet valant 21F50] ont nui à la réputation de l'employeur (...) et créé un trouble caractérisé au sein de l'entreprise »⁵³⁷, on peut avancer que la notion de trouble objectif est en extension. Dès lors, l'appel à la notion de trouble objectif pour qualifier des faits situés dans l'exécution du mandat peut être interprété comme un développement supplémentaire de cette notion en extension. Le trouble objectif serait un moyen pour contourner le principe selon lequel nul fait de la vie personnelle ne peut, en principe, justifier un licenciement, sauf trouble objectif issu de ce fait⁵³⁸. Le licenciement pour trouble objectif est donc un moyen dérogatoire à la disposition de l'employeur pour sanctionner les faits issus de la vie personnelle. Certains auteurs s'alarment de cette dérive, qui ne serait pas de nature à offrir une protection suffisante au salarié face à l'immixtion des obligations professionnelles dans la vie privée^{539 540}.

Le raisonnement des juges est parfois incohérent face à cette dérive. Le rapporteur public Gaëlle Dumortier estime, au sujet d'un licenciement de salarié protégé à raison de l'exécution de son mandat, qu'utiliser la notion de faute pour des faits situés hors de l'exécution du contrat de travail caractérise une volonté de sanctionner « un comportement critiquable, que l'on entend sanctionner disciplinairement. C'est alors sur un terrain moral que l'on entend se placer, une forme de paternalisme par lequel l'employeur porterait une appréciation sur le comportement de ses salariés. Ce terrain (...) repose sur l'idée sous-

⁵³⁶ Nous l'avons constaté pour la jurisprudence administrative, mais c'est également le cas au sein de l'ordre judiciaire : un grand nombre de décisions de la Cour de cassation contredisent la jurisprudence de la Cour relative aux troubles objectifs, et s'en réfèrent à la faute, cf. *supra*

⁵³⁷ Cass. Soc., 3 décembre 2002, Bull. civ. V, n° 261

⁵³⁸ CE, 7 décembre 1990, Centre d'aide par le travail Chanteclerc

⁵³⁹ Philippe Waquet, *Le Trouble objectif dans l'entreprise : une notion à redéfinir*, *Revue de droit du travail*, 2006, p. 304

⁵⁴⁰ Observations du Professeur Savatier sur Cass. Soc., 25 février 2003, *Dr. Soc.* 2003

jacente d'une forme de perte de confiance »⁵⁴¹. Pour le rapporteur public, le licenciement pour faute était une immixtion insupportable dans une sphère privée.

Or, que l'on appelle le motif de licenciement une faute ou un trouble objectif, cela ne revient-il pas exactement, dans un cas comme dans l'autre, à effectuer cette tutelle morale tant fustigée par le rapporteur public ? Le paternalisme réside dans la rupture du contrat de travail pour un motif extérieur aux affaires professionnelles, pas dans les motifs à l'appui de cette rupture. Le changement d'éléments de langages, qui consiste à ne plus prononcer le terme faute n'est pas satisfaisant sur ce point. A tout le moins, il ne semble pas offrir de garanties suffisantes à la protection des libertés individuelles, tant la notion de trouble objectif est étendue et donne un pouvoir de direction sur des actes situés dans l'exécution du mandat.

B. La nature inévitablement hiérarchique du licenciement

Avoir placé le contrôle du licenciement du salarié protégé pour des faits commis dans l'exercice du mandat sous l'angle du trouble objectif correspondait à une volonté de sortir l'exercice du mandat du pouvoir de contrôle de l'employeur. Cette volonté est particulièrement utopique : dans la pratique des relations de travail comme dans le droit, le licenciement est, quel que soit son motif, une manifestation du principe hiérarchique selon lequel l'employé est placé en état de subordination par rapport à l'employeur.

Les relations de travail comportent de nombreux épisodes de conflictualité où le licenciement est une arme à la disposition du pouvoir hiérarchique de l'employeur. Or, dès lors qu'il dispose de cette arme, l'employeur peut menacer avec effectivité un salarié protégé, quel que soit le motif (faute ou trouble objectif) au service de cette menace. Ainsi, le Centre de Recherche et d'Information Socio-Politiques (CRISP)⁵⁴² rapporte deux épisodes de grève et leurs négociations⁵⁴³, où les employeurs rappellent que, durant la grève, « tout débordement sera sanctionné » ainsi que « toute personne dont la responsabilité dans le non-respect des procédures est établie à titre individuel », cette sanction pouvant aller jusqu'au licenciement. Dans la pratique, l'état de subordination du

⁵⁴¹ Conclusions de Gaëlle Dumortier sur CE, 15 décembre 2010, M. Renault c. Société Onyx, req. n° 316856, cité dans Sur le contrôle administratif des licenciements pour motif non disciplinaire, Revue de droit du travail 2011, p. 99

⁵⁴² Centre de recherche et d'information sociopolitique

⁵⁴³ CRISP, Grèves et conflictualité sociale en 2011, Revue du CRISP, 2012, n° 2135-2136

salarié protégé (aussi concerné par ce type de déclaration précitée) est toujours réel, que ce soit dans l'exercice du contrat de travail ou hors de celui-ci.

Cette affirmation est appuyée par les théories de management et de gestion : dès lors qu'il y a une capacité de nuire avec des moyens comme le licenciement, il y a une relation hiérarchique. « La relation hiérarchique, fondée sur l'obéissance exigée dans les organisations, ne se limite pas aux organigrammes. Elle dépend aussi du niveau de responsabilité des acteurs y prenant part et de leur capacité de mettre en œuvre les moyens de rétorsion en cas de non-obéissance »⁵⁴⁴. Ce ne sont pas les qualités de leader qui font la hiérarchie, mais le pouvoir, « relation d'échange réciproque où les termes de l'échange sont plus favorables à une partie qu'à une autre »⁵⁴⁵. Dans ce cadre, la possibilité de licencier un salarié protégé pèse dans l'équation de la dissuasion⁵⁴⁶ : selon ce modèle, pour qu'une dissuasion existe, il faut que le gain obtenu par l'agresseur soit inférieur au coût infligé en retour par l'agressé, pondéré par la probabilité que ce coût soit effectivement infligé. Appliqué aux relations employeurs/salarié protégé, la possibilité d'un licenciement infligé par l'employeur augmente le coût infligé au salarié protégé, et augmente l'effectivité dissuasive de la capacité de nuisance de l'employeur.

Ce pouvoir hiérarchique issu de la possibilité de licencier est reconnu par le droit. L'état de subordination du travailleur ne procède pas du seul constat que celui-ci effectue une prestation de travail rémunérée. La jurisprudence retient qu'un lien de subordination existe quand « un travailleur se trouve sous l'autorité hiérarchique et donc dans un état de subordination vis-à-vis du donneur d'ouvrage », dès lors qu'« il reçoit de ce dernier des ordres, des directives ou des instructions, destinés à lui prescrire les modalités d'exécution des tâches qu'il lui a confiées, et lorsque ce donneur d'ordres a le pouvoir de contrôler régulièrement leur réalisation effective et conforme ainsi que d'en sanctionner les éventuels manquements »⁵⁴⁷. Exposition à des sanctions et état de subordination du

⁵⁴⁴ Robert Holcman, Responsabilité, irresponsabilité, pouvoir – Reflexions sur la relation hiérarchique, Revue française de gestion, n° 196, 2009, p. 67

⁵⁴⁵ Michel Crozier, Le pouvoir comme fondement de l'action organisée, Gaëtan Morin éditeur, 1987, p. 377

⁵⁴⁶ Lorsque la dissuasion est suivie d'effet, en présence d'acteurs rationnels, l'inégalité suivante est vérifiée : $V_{ef} - V_{sq} > PC$, avec V_{ef} : valeur de l'état final après agression, V_{sq} valeur après du statu quo avant l'agression, C : pénalité infligée à l'agresseur par l'agressé, P : probabilité que cette pénalité soit effectivement infligée ; Jean Louis Gergorin, Stratégie et relations internationales, Fondation Nationale de Sciences Politiques, 1988, Paris

⁵⁴⁷ Cass. Soc., 13 novembre 1996, RJS 12/1996, n° 1320

travailleur sont liés⁵⁴⁸, comme expliqué dans le recueil Dalloz de droit du travail : l'option donnée au donneur d'ouvrage d'infliger au travailleur en faute, de façon unilatérale, une sanction ayant des répercussions sur le sort du contrat de travail est un marqueur de l'état de subordination, y compris si cette peine est un licenciement⁵⁴⁹.

Il en résulte que la seule possibilité de licencier un salarié protégé pour des actes situés dans l'exercice de son mandat caractérise un état de subordination du salarié protégé dans l'exercice de son mandat. Il est sans doute illusoire d'affirmer qu'en changeant le motif de ce licenciement, il est possible de soustraire le salarié protégé à ce contrôle. Au contraire, dès lors qu'il peut être licencié, le lien de subordination perdure, même quand il agit en qualité de délégué.

II. L'AVENIR DU LICENCIEMENT DU SALARIE PROTEGE POUR SON COMPORTEMENT DANS L'EXECUTION DE SON MANDAT

Tout a changé et, pour l'instant, rien n'a changé⁵⁵⁰ : la jurisprudence *Patarin* n'est pas parvenu à extraire le salarié protégé du lien de subordination lorsqu'il agit en tant que délégué. Sept années après son adoption, elle laisse un goût d'inachevé et ne demeure pas un objet de satisfaction : une évolution s'impose.

Celle-ci peut prendre la forme d'une clarification brutale, d'un retour à la faute pour fonder le licenciement pour faits liés à l'exercice du mandat, ce qui n'est pas sans inconvénients (§1). Cependant, il existe un optimum de premier rang, où la rupture du contrat de travail suite à des agissements du salarié protégé aurait moins de lien avec un pouvoir disciplinaire de l'employeur. Cette option nécessite une réforme tant des normes que du cadre administratif régissant le licenciement du salarié protégé (§2).

§1. L'OPTION INENVISAGEABLE : LE RETOUR SUR LA JURISPRUDENCE PATARIN

Une première piste pour l'avenir du licenciement du salarié protégé pour des faits

⁵⁴⁸ Répertoire de Droit du travail, Etat de subordination du travailleur, 2012, Editions Dalloz

⁵⁴⁹ Ce qui a été confirmé par Cass. Soc., 4 mars 1997, Bull civ. V

⁵⁵⁰ Cf. *Le Guépard*, film de Luciano Visconti de 1963

liés à l'exercice de son mandat est de revenir sur la jurisprudence *Patarin*. Etablir que tout licenciement de salarié protégé pour des faits liés au mandat est conditionné au constat d'une faute a le mérite de ne pas dissimuler le pouvoir hiérarchique de l'employeur (A). Cela impliquerait de renoncer à la perspective un dialogue social apaisé par le retrait du pouvoir hiérarchique de l'employeur dans celui-ci (B).

A. Les mérites d'un retour à la cohérence

Actuellement, le régime du licenciement du salarié protégé pour des faits liés à l'exercice de son mandat souffre d'une grande incohérence. Un progrès est souhaité dans le sens d'une séparation entre le travail et le mandat, l'un étant soumis au pouvoir disciplinaire de l'employeur et l'autre non. Toutefois, l'utilisation de la notion de trouble objectif pour caractériser les licenciements de salariés protégés pour des faits situés dans l'exercice de leur mandat ne parvient pas à établir cette séparation. Par le biais du licenciement pour trouble objectif, l'employeur conserve un pouvoir hiérarchique sur les faits liés au mandat. En effet, le pouvoir hiérarchique est lié à la possibilité d'une sanction, quel qu'en soit le motif. Il paraît illusoire et contradictoire de vouloir, d'un côté, conserver la possibilité de l'employeur de licencier le salarié protégé pour des faits liés à l'exécution du mandat et, de l'autre, de souhaiter extraire l'exercice du mandat du pouvoir hiérarchique de l'employeur.

Une première solution pour résoudre cette contradiction serait de prendre parti pour un pouvoir hiérarchique de l'employeur total sur les actes du salarié protégé liés à son mandat. Par souci de clarté, la jurisprudence *Patarin* serait abandonnée au profit d'un retour à l'état antérieur régi par *Safer d'Auvergne*. Le principe serait simple : les actes du salarié protégé sont éventuellement sanctionnés par un licenciement disciplinaire, si les faits commis sont sans lien avec les « fonctions représentatives normalement exercées ou l'appartenance syndicale de l'intéressé »⁵⁵¹ et forment une « faute caractérisant des faits reprochés au salarié d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail et des exigences propres à l'exécution du mandat »⁵⁵².

⁵⁵¹ CE Ass., 5 mai 1976, Société d'aménagement foncier et d'établissement rural d'Auvergne et Ministre de l'agriculture c. Bernette, Rec. 232

⁵⁵² Idem

B. L'inopportunité d'un tel retour

Une telle option ne paraît pas avisée, car elle va profondément contre les évolutions de la société et de l'attente collective en matière de dialogue social.

D'une part, il paraît anachronique de définir le rôle de l'employeur comme capable de sanctionner des actes du salarié même s'ils sont situés clairement en dehors de l'exécution du contrat de travail, plus précisément s'ils s'inscrivent dans l'exercice du mandat d'un salarié protégé. Si le professeur Paul Durand⁵⁵³ pouvait, dans les années 1950, adhérer à cette conception extensive du pouvoir de sanction de l'employeur, il semble décalé en 2012 de prôner cette vision paternaliste de la relation de travail.

D'autre part, une société qui a élu un Président sur un programme comprenant, entre autres, une constitutionnalisation du dialogue social, peut souhaiter que ce dialogue soit apaisé et se déroule dans un cadre serein. Cet apaisement peut être obtenu si l'employeur et le salarié protégé discutent d'égal à égal, sans perspective de licenciement de ce dernier.

§2. L'OPTION PREFERABLE : LE MAINTIEN DE LA JURISPRUDENCE PATARIN, NON SANS ADAPTATIONS MAJEURES

L'esprit de la jurisprudence *Patarin* est de vouloir soustraire le salarié protégé au pouvoir hiérarchique de l'employeur en ce qui concerne le contrôle des actes liés au mandat. Cela n'est pas possible si l'employeur garde la possibilité d'un licenciement pour des faits liés au mandat. Une solution est alors de supprimer cette possibilité : les faits répréhensibles commis dans l'exercice du mandat ne devraient pas être susceptibles de mener au licenciement, mais à l'inéligibilité aux élections professionnelles et à la destitution du mandat (A). Aussi, une transformation du cadre du contrôle des faits liés à l'exécution du mandat s'impose, vers une réelle responsabilité envers les salariés et l'employeur (B).

A. La suppression du licenciement pour des faits liés à l'exécution du mandat

⁵⁵³ Paul Durand, *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1960, cité par Michel Despax, *La vie extraprofessionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail*, JCP 1963, I, 1776.

La première mesure serait d'interdire le licenciement du salarié protégé pour des faits liés à l'exécution du mandat. Pour séparer la sanction de la mauvaise exécution du contrat de travail de la sanction de la mauvaise exécution du mandat, les conséquences de l'une et de l'autre doivent être différentes. Cette réforme garantirait l'indépendance du salarié protégé dans l'exercice de son mandat, lorsqu'il agit face à l'employeur. Elle porterait un dialogue social libéré de cette arme qu'est le licenciement, et supprimerait la notion de hiérarchie dans ce dialogue.

En revanche, il ne s'agit pas d'institutionnaliser l'immunité des salariés protégés dans l'exercice de leur mandat, mais de créer une nouvelle forme de responsabilité. En plus de leur responsabilité civile ou pénale pour les faits fautifs commis pendant l'exercice de leur mandat, s'ajouterait une possibilité d'être destitué et inéligible à des fonctions de représentation du personnel. La responsabilité liée au mandat serait une destitution des fonctions qu'offrent le mandat, pour tout « exercice du mandat manifestement anormal ». Pour préciser ces manquements, une liste non limitative serait établie, autour des pôles les plus fréquents de licenciement pour des faits liés à l'exécution du mandat : utilisation abusive des crédits horaires (avec dans ce cas, obligation de restitution des crédits indument utilisés), instigation d'une grève illicite ou dans des conditions illicites, absence de rôle suffisamment modérateur pendant des conflits collectifs, abus de la liberté d'expression lors de la tenue du dialogue social.

Le salarié protégé ayant été destitué conserve une protection spéciale contre le licenciement, même après son éviction. Ce dispositif tend à éviter les phénomènes de licenciements en deux temps, avec action tendant à la perte du mandat et de la protection d'abord, puis licenciement facilité du salarié désormais non protégé.

B. La transformation du cadre du contrôle des faits liés à l'exécution du mandat

Pour établir cette nouvelle responsabilité du salarié protégé pour des faits liés à l'exécution du mandat, certaines adaptations administratives s'imposent. Elles ont pour but de rendre les représentants élus responsables devant leurs électeurs, et d'éviter que la demande de destitution soit utilisée de façon abusive, au service de rivalités syndicales ou personnelles.

La première adaptation tend à élargir le champ des personnes intéressées à agir lorsqu'un doute sérieux est soulevé quant au bon exercice du mandat de salarié protégé.

L'employeur ne devrait pas être le seul à pouvoir initier un tel recours : les salariés ont aussi intérêt à agir quand leurs délégués ne les représentent pas comme ils le devraient. Un seuil de salariés⁵⁵⁴ à déterminer (exemple : 5%) doit pouvoir transmettre à l'inspection du travail une demande de destitution du mandat. Il en va de même pour les instances représentatives du personnel, qui pourraient aussi former cette demande. Pour éviter toute utilisation détournée de cette possibilité, il faut en limiter la fréquence (exemple : une demande par an) et pénaliser les recours abusifs et trop répétés.

La seconde adaptation consiste à délocaliser l'inspection du travail chargée d'examiner la demande. Les inspecteurs du travail connaissent les entreprises et les représentants du personnel de l'unité territoriale à laquelle ils appartiennent. Pour éviter les phénomènes de proximité qui rendraient difficile l'objectivité lors de l'examen de la demande, l'inspecteur du travail compétent pour statuer sur la demande doit être plus éloigné géographiquement. Néanmoins, dès lors que certains contrôles doivent être menés sur place, un éloignement trop marqué peut nuire à l'efficacité du service. Ainsi, il convient de choisir une unité territoriale de façon aléatoire, contigüe à celle normalement en charge des affaires courantes de l'entreprise concernée.

SYNTHESE DES PROPOSITIONS

- ➔ Supprimer la possibilité de licenciement du salarié protégé pour des faits liés à l'exécution de son mandat.
- ➔ Créer une nouvelle responsabilité du salarié protégé pour ces faits : destitution et inéligibilité à la représentation d'intérêts du personnel en cas de « *exercice du mandat manifestement anormal* ».
- ➔ Ouvrir la possibilité de demander la destitution du salarié protégé à un seuil de salariés dans l'entreprise et à un seuil de représentants élus du personnel.
- ➔ Affecter aléatoirement le contrôle de la demande de destitution à une autre unité territoriale d'inspection du travail que celle chargée des affaires courantes de l'entreprise concernée.

⁵⁵⁴ Le principe du seuil est gardé, mais sa valeur est difficile à préciser : il faudrait pour cela trouver un accord avec les salariés protégés intéressés. Aussi, peut-être pourrait-il être déterminé selon une fourchette, par une convention collective par exemple.

CALENDRIER POUR UNE EVENTUELLE MISE EN ŒUVRE

Phase I : Diagnostic (de octobre à décembre 2013)

Un diagnostic de la situation doit être initié par le Ministre chargé de la problématique des salariés protégés (actuellement le Ministre du travail, de l'emploi et du dialogue social). Ce dernier charge la direction générale du travail de former un comité consultatif national pour formuler un diagnostic, des premières propositions et une étude d'impact pour une réforme accompagnant la suppression du licenciement du salarié protégé pour des actes situés dans le cours de son mandat.

Une délibération sociale entre gouvernement et partenaires sociaux fixe définitivement les éléments de diagnostic.

Phase II : Dialogue (de décembre 2013 à fin juin 2014)

Par application de la loi du 31 janvier 2007, la concertation est obligatoire avant tout projet de réforme du droit de travail. Ici, elle permet au gouvernement et aux partenaires sociaux de déterminer les éléments de cadre de la loi.

Enfin, une négociation nationale interprofessionnelle doit être ouverte par le gouvernement pour que les syndicats et le patronat aboutissent à un accord définitif, éclairés au besoin par les services de légistique du Ministre du travail pour avoir un projet de loi prêt à être déposé au Conseil d'Etat.

Phase III : Avis, dépôt et adoption du projet de loi (avant mi 2015)

Au préalable, le projet de loi est déposé pour avis au Conseil d'Etat.

Puis, en application de l'art. 39 de la Constitution, délibération du projet en Conseil des ministres, dépôt sur le bureau de l'Assemblée nationale en vue d'une adoption avant la fin de la session ordinaire (dépôt en octobre pour une adoption vers juin).

CONCLUSION CHAPITRE I

Le licenciement du salarié protégé pour des faits liés à l'exécution du mandat a longtemps été conditionné à l'existence d'une faute d'une gravité suffisante. Cette qualification de faute a pu paraître impropre, dès lors qu'elle revêtait un caractère disciplinaire déplacé, ce pouvoir de l'employeur n'ayant pas lieu d'être dans le contrôle du mandat. Voilà pourquoi la jurisprudence *Patarin* a été adoptée, faisant référence à la notion de trouble objectif et non plus à la notion de faute.

Ce changement de fondement est sans conséquences, et pour cause : il impose simplement à l'employeur de changer ses éléments de langage, mais cela ne change en rien son pouvoir hiérarchique. Dès lors, pour que l'exercice du mandat soit réellement soustrait au pouvoir hiérarchique de l'employeur, il convient d'interdire le licenciement pour des faits liés à l'exercice du mandat. Une autre forme de responsabilité doit être établie, fondée sur la destitution dans le cas de manquements du salarié protégé dans cet exercice. Cette responsabilité pourrait être engagée par l'employeur, mais aussi par toutes personnes intéressées à agir contre des dérives dans l'exercice du mandat : autres salariés protégés, instances représentatives du personnel. La réforme en question doit être menée par voie législative, pour offrir une stabilité de la solution ainsi dégagée.

Une telle adaptation conserve l'esprit de la bonne réforme tel qu'il a été défini par Richelieu : « les désordres qui ont été établis par des nécessités publiques et qui se sont fortifiés par des raisons d'Etat ne peuvent se réformer qu'avec le temps ; il en faut ramener doucement les esprits et ne point passer d'une extrémité à l'autre. Un architecte qui, par l'excellence de son art, corrige les défauts d'un ancien bâtiment et qui, sans l'abattre, le réduit à quelque symétrie supportable, mérite bien plus de louange que celui qui le ruine tout à fait pour refaire un édifice parfait et accompli »⁵⁵⁵.

⁵⁵⁵ Richelieu (vers 1640), *Testament Politique*, Edition Perrin

CHAPITRE II. L'ATTENUATION REUSSIE : LA VERIFICATION SOURCILLEUSE DES ELEMENTS DE FAITS ET DE DROIT JUSTIFIANT LE LICENCIEMENT

La faute apparaît comme le premier élément perturbateur du contrat de travail – à tout le moins le plus ancien. Ainsi le Code d'Hammourabi, recueil de jurisprudences du Roi du même nom, relate-t-il cette sentence : « si quelqu'un a engagé un homme pour s'occuper de son terrain et s'il lui a avancé des céréales, confié du gros bétail et se l'est attaché par contrat pour cultiver un terrain, si cet homme a volé de la semence ou de la nourriture et s'il en a été saisi entre ses mains, on lui coupera le poignet »⁵⁵⁶. Dans le texte, le verbe utilisé pour caractériser le lien entre le commettant et le préposé est *qâbum*. Il signifie à la fois « confier à quelqu'un » et « faire confiance ». Pour les mésopotamiens du XVIII^{ème} siècle avant notre ère, la perturbation des relations de travail est donc liée à la simple perte de confiance.

On ne saurait en dire autrement des relations de travail aujourd'hui. Les sanctions du salarié ont évolué, mais la confiance reste centrale. Le licenciement disciplinaire, corollaire d'une certaine faute du salarié, peut être rapproché d'une sanction de la rupture de confiance. Comment continuer à travailler avec celui qui, par sa faute, a prouvé qu'il n'était pas digne de confiance ? Pour être licencié, le salarié doit avoir suscité la défiance, et non la simple méfiance. D'où l'exigence d'une faute réelle et sérieuse, ou une faute grave et vérifiable.

Reste que cette règle équilibrée ne s'applique pas avec la même exigence au cas du licenciement du salarié protégé pour motif disciplinaire. Les autorités chargées d'apprécier la faute du salarié protégé ne contrôlent pas l'existence d'une faute grave. Elles entendent plutôt traquer la « faute caractérisant des faits reprochés au salarié d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail et des exigences propres à l'exécution du mandat »⁵⁵⁷. La formule est alambiquée. Elle est néanmoins maniée fréquemment par l'inspection du travail et le ministre chargé de l'emploi ainsi que par le juge administratif. Ces derniers n'oublient

⁵⁵⁶ Musée du Louvre, Stèle d'Hammourabi, ligne 253, 1750 av. JC, trad. André Finet

⁵⁵⁷ CE Ass., 5 mai 1976, Société d'aménagement foncier et d'établissement rural d'Auvergne et Ministre de l'agriculture c. Bernette, rec. 232

jamais qu'ils sont saisis du cas d'un salarié protégé. L'exigence de protection prime parfois sur celle de l'égalité vis-à-vis des autres salariés qui sont eux, plus exposés au licenciement de ce chef. Le critère de la faute qualifiée fonde une vérification sourcilleuse des éléments de fait et de droit justifiant un licenciement. En conséquence, le licenciement disciplinaire du salarié protégé doit être très solidement motivé pour aboutir. Il est sans doute plus difficile à mettre en œuvre.

Pour le comprendre, il faut se mettre à la place de la puissance publique, et utiliser sa propre grille de lecture du licenciement disciplinaire du salarié protégé. Les autorités administratives et judiciaires vérifient d'abord l'imputabilité des faits reprochés au salarié protégé (Section I), puis leur matérialité (section II) et enfin leur gravité (Section III).

SECTION I. LE CONTROLE DE L'IMPUTABILITE DES FAITS

Pour être considérés comme fautes d'une gravité suffisante, les faits reprochés doivent être imputables au salarié protégé. L'imputabilité est d'abord un terme théologique⁵⁵⁸. Il décrit la mise au compte moral d'un acte. Cette tonalité morale interpelle le juriste. Il effectue aussitôt le rapprochement avec la notion de faute, dotée de la même connotation. Néanmoins, on utilisera ici l'imputabilité dans un sens plus technique⁵⁵⁹. Dans le contexte de notre étude, des faits imputables sont attribuables au salarié protégé dans le cadre d'un processus de licenciement disciplinaire.

Des faits non disciplinaires ou non sanctionnables ne sont pas susceptibles d'être imputés (I). Il en est de même pour des faits qui sont prescrits (II). Qui plus est, un jugement pénal devenu définitif lie bien l'appréciation du juge et de l'administration quant à la matérialité des faits (III).

I. LE NECESSAIRE RATTACHEMENT AU MOTIF DISCIPLINAIRE

Un motif disciplinaire de licenciement sanctionne un comportement incompatible avec la manière de se conduire selon les règles d'une profession⁵⁶⁰. Ce motif de licenciement s'inscrit dans une logique hiérarchique dans un rapport employeur/salarié. Il ne s'applique pas aux manquements non professionnels du salarié. Ils peuvent être sanctionnés sur le fondement du trouble objectif⁵⁶¹.

Le caractère disciplinaire des faits reprochés doit être établi (§1). Aussi, les faits doivent être sanctionnables. Ce principe donne lieu à une déclinaison de la règle *non bis in idem* aux relations de travail, des faits déjà sanctionnés ne peuvent donner lieu à une nouvelle sanction, cette fois-ci sous la forme d'un licenciement (§2).

⁵⁵⁸ Le dictionnaire Littré donne d'abord à l'imputabilité un sens spécifiquement théologique

⁵⁵⁹ Ce qui ne revient pas à trahir la notion d'imputabilité, celle-ci

⁵⁶⁰ Dictionnaire Littré, définition de la discipline

⁵⁶¹ Par exemple, un fait de la vie personnelle du salarié peut fonder un licenciement pour trouble objectif, mais pas un licenciement disciplinaire. Voir Cass. Soc., 16 décembre 1998, n°96-43.510

§1. LE CARACTERE DISCIPLINAIRE DES FAITS REPROCHES

Dans un arrêt *Maury*, la Cour de cassation définit avec clarté l'exigence disciplinaire. « Un fait fautif ne peut s'entendre que d'un fait du salarié contraire à ses obligations à l'égard de l'employeur »⁵⁶². Cette exclusion du champ disciplinaire des faits commis hors de l'exécution du contrat de travail a été d'abord opérée par la Cour de cassation⁵⁶³. Elle a ensuite été entérinée à maintes reprises par le Conseil d'Etat, sans réellement en altérer les effets.

Le législateur a aussi précisé certains faits qui, commis sur le lieu de travail, n'entrent pas dans l'exécution du contrat de travail et ne peuvent être sanctionnés comme tels. Par exemple, la résistance à une restriction aux droits et aux libertés individuelles ne peut être réputée fautive⁵⁶⁴ : lorsqu'un salarié se désolidarise pour cette raison de l'activité de son employeur, il sort du champ du contrat de travail. Il ne peut être sanctionné pour aucun motif, et encore moins pour un motif disciplinaire qui serait ici le comble de l'illogisme. De tous les motifs erronés, le motif disciplinaire est celui qui est le plus intellectuellement inapproprié : le salarié n'agissait pas en préposé, dans le cadre d'un lien de subordination. On peut avancer le même raisonnement pour l'interdiction de sanctionner disciplinairement le salarié qui, dans le cadre d'une instruction, témoigne de ce qu'il a observé : faits constitutifs de corruption⁵⁶⁵, de harcèlement sexuel⁵⁶⁶ ou moral⁵⁶⁷, ou

⁵⁶² Cass. Soc., 4 juillet 2000, *Maury c. Société SOVAB*, Bull. n° 263 ; Cass. Soc., 2 décembre 2003, n° 01-43.227

⁵⁶³ Voir le Chapitre I de ce premier titre, p. 152

⁵⁶⁴ Article L.1121-1 du Code du travail : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

⁵⁶⁵ Article L.1161-1 du Code du travail : « (...) Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

Toute rupture du contrat de travail qui en résulterait, toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit (...) ».

⁵⁶⁶ Article L.1153-3 du Code du travail : « Aucun salarié (...) ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné de faits de harcèlement sexuel ou pour les avoir relatés ».

encore de mauvais traitements infligés aux autres salariés^{568/569}.

Une telle évolution peut être ainsi résumée : les faits non rattachables à l'exécution du contrat de travail ne justifient pas un licenciement disciplinaire. Il peut s'agir de faits de la vie privée⁵⁷⁰ ou d'actions commises dans l'exécution du mandat⁵⁷¹, ou même d'agissements liés au lieu de travail mais non rattachables au contrat de travail⁵⁷². Un licenciement disciplinaire visant de tels faits est mal dirigé. L'inspecteur du travail, son supérieur hiérarchique et le juge ne pourront que le rejeter⁵⁷³. C'est là un premier chef de non-imputabilité des faits dans le cadre d'un licenciement disciplinaire.

§2. LA POSSIBILITE DE SANCTIONNER LES FAITS REPROCHES

Un deuxième chef de non-imputabilité des faits réside dans l'impossibilité de sanctionner les faits.

Des faits déjà sanctionnés ne sont pas sanctionnables une deuxième fois. L'hypothèse n'est pas une pure vue de l'esprit : un fait fautif peut être sanctionné autrement que par un licenciement. La panoplie des sanctions est large et graduée. Elle comprend le blâme, la mise à pied disciplinaire, la rétrogradation ou encore la mutation⁵⁷⁴. A partir du moment où l'une de ces sanctions a été infligée, il n'est pas possible

⁵⁶⁷ Article L.1153-2 du Code du travail : « Aucun salarié (...) ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné de faits de harcèlement moral ou pour les avoir relatés ».

⁵⁶⁸ Article L.313-34 du Code de l'action social et des familles : « (...) Le fait qu'un salarié ou un agent a témoigné de mauvais traitements ou privations infligés à une personne accueillie ou relaté de tels agissements ne peut être pris en considération (...) pour décider la résiliation du contrat de travail ou une sanction disciplinaire »

En cas de licenciement, le juge peut prononcer la réintégration du salarié concerné si celui-ci le demande.

⁵⁶⁹ La liste n'est pas exhaustive

⁵⁷⁰ Cass. Soc., 16 décembre 1998, n°96-43.510, précité

⁵⁷¹ CE, 4 juillet 2005, *Patarin* : n° 272-193, Rec. 306, RJS 2005 n° 1121

⁵⁷² Visées elles par le législateur, cf. *supra*

⁵⁷³ Du moins, les deux premiers déclarent leur intention ferme de rejeter un licenciement disciplinaire qui viserait des faits situés en dehors de l'exécution du contrat de travail. Voir Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 37.

⁵⁷⁴ Inventaire dressé par M. le Ministre du travail sur son site à destination des salariés (travail.emploi.gouv.fr/informations-pratiques/fiches-pratiques/sanctions-et-pouvoir-disciplinaire)

ultérieurement d'en ajouter une autre pour les mêmes faits.

Cette absence de double peine résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation. Cette dernière l'a prohibé avec un arrêt *Cacachou*⁵⁷⁵ de 2004. L'intéressé avait la qualité de maître-chien et gardait les intérêts d'une Société Teleco. Convoqué à un entretien préalable auquel il ne s'est pas rendu, Monsieur Cacachou est sanctionné le 29 août 1996 par une mise à pied de trois jours. Son employeur lui reproche des absences répétées et injustifiées. Néanmoins, les ennuis de Monsieur Cacachou ne s'arrêtent pas là, puisque son employeur décide de lui infliger une nouvelle sanction pour les mêmes faits. Il le licencie pour faute grave par lettre du 10 septembre 1996. Saisie d'un recours contre un arrêt confirmatif de ce licenciement, la Cour de cassation estime au contraire que l'employeur ne pouvait sanctionner une nouvelle fois le salarié. Les termes employés par la haute juridiction dressent les contours d'un arrêt de principe : l'employeur a « épuisé » son pouvoir disciplinaire.

Un fait sanctionnable ne peut être sanctionné qu'une fois. La Cour de cassation a eu de nombreuses occasions d'appliquer cette solution désormais bien ancrée⁵⁷⁶. Le Conseil d'Etat ne s'est pas encore prononcé. On le voit mal se départir de cette jurisprudence, qui en l'état paraît applicable aux salariés protégés. Sans surprise, elle témoigne du parti pris du juge qui restreint tant qu'il le peut le pouvoir disciplinaire de l'employeur et ses capacités de rompre le contrat de travail qui l'unit au salarié.

A cette jurisprudence sévère s'ajoute une règle juste. Les faits fautifs ne sont imputables que s'ils sont individuellement rattachables au salarié protégé⁵⁷⁷.

II. L'ABSENCE DE PRESCRIPTION DES FAITS

Une prescription est un délai au-delà duquel des droits ou actions peuvent être éteints ou activés. Ici, les faits reprochés au salarié protégé ne doivent être prescrits. Sinon, ils ne sont pas imputables. La prescription fait l'objet de toute l'attention de l'inspection du

⁵⁷⁵ Cass. soc., 25 mai 2004, *Cacachou contre Société Teleco*, req. n°02-44272

⁵⁷⁶ Pour d'autres exemples, voir : Cass. soc., 26 mai 2010, *Sté Mediance c./ X*, req. n° 08-42893 ; Cass. soc., 16 mars 2010, *Association Sainte-Anne c./ X*, req. n° 08-43057 ; Cass. soc., 1er déc. 2010, *Société Pano France Nord c./Barane*, req. n°09-41693 ; Cass. soc., 22 mars 2011, *Gisbert c./Thetiot*, req. n° 10-12041 ; Cass. soc., 22 juin 2011, *Supermarchés Match*, req. n° 09-73007

⁵⁷⁷ CE, 3 octobre 2008, *ANRS*, req. n° 308046

travail dans le contrôle de l'imputabilité de la faute⁵⁷⁸.

Pour connaître ce délai, deux informations sont capitales. La première est le point de départ de la prescription (§1). Ensuite, il faut savoir le délai de la prescription afin d'en déduire le moment exact de son terme (§2).

§1. LE POINT DE DEPART DE LA PRESCRIPTION FIXE A LA PRISE DE CONNAISSANCE DE L'EMPLOYEUR DU FAIT FAUTIF

Pour fixer une date de départ de la prescription, il existe une règle générale (A) tempérée par une exception (B).

A. Le cas général

Le point de départ de la prescription est situé au moment où l'employeur a connaissance du fait fautif⁵⁷⁹. Cette règle édictée par le Code du travail soulevait deux difficultés qui sont aujourd'hui résolues.

La première tient au caractère subjectif du point de départ. Il n'est pas situé au moment où le fait fautif est commis, mais au moment où l'employeur en a connaissance. En pratique, la date de départ retenue se confond avec celle du fait fautif, sauf si l'employeur prouve qu'il a eu connaissance du fait fautif à un moment ultérieur⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 37.

⁵⁷⁹ Article L.1332-4 du Code du travail

⁵⁸⁰ CE, 9 mars 2005, Société CGEA-Onyx, req. n°253458. Dans cet arrêt, le juge attend de l'employeur qu'il produise la preuve de la date à laquelle il a été informé des faits fautifs

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que M. X, délégué syndical dans l'établissement de la SOCIETE CGEA-ONYX situé à Saint-Louis de la Réunion, a été condamné par jugement du 15 décembre 1997 du tribunal d'instance de Saint-Pierre pour propos diffamatoires tenus publiquement à l'encontre du secrétaire général régional du syndicat CFDT ainsi que du directeur régional de la société ; qu'ayant eu connaissance de ce jugement, le directeur de l'établissement de Saint-Louis, M. , a engagé une procédure de licenciement à l'encontre de M. X, salarié protégé, qui a été convoqué à un entretien préalable le 22 avril 1998 [La Cour d'appel a donc estimé que la prescription de deux mois était révolue] Considérant qu'en jugeant que la société requérante n'apportait aucun élément de nature à mettre en cause le caractère probant de la copie du jugement du 15 décembre 1997 portant le tampon de l'entreprise avec mention de la date du 15 janvier 1998 et la signature d'un de ses cadres et que l'attestation

La seconde découle de la détermination du moment fautif. Les fautes d'une gravité suffisante ne sont pas toujours commises à un moment précis. La répétition de plusieurs fautes simples peut, au bout d'un certain moment, prendre la forme d'une faute grave. A quel moment commence alors le fait fautif ? Au moment de la première faute, qui annonçait une escalade vers un comportement fautif intenable ? Au moment de la faute qui a fait basculer un comportement simplement fautif dans la catégorie de la faute d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement ? On le voit, ces questions auraient pu poser avec acuité le problème de la frontière floue⁵⁸¹. De la même manière qu'on ne peut déterminer quel est le grain de sable qui sépare le tas de sable d'une juxtaposition de grains de sable, on ne pourrait savoir quelle faute trace la frontière entre licenciement justifié de celui qui ne l'est pas.

Le Conseil d'Etat a fait preuve de créativité face au problème pour évacuer la difficulté de la frontière floue : « en cas de manquements continus du salarié aux obligations professionnelles, ce délai court à compter de la date du dernier manquement constaté »⁵⁸².

B. Le décalage du point de départ en cas d'enquête interne

Selon l'article L.1332-4 du Code du travail, le délai de prescription de la sanction des faits fautifs court « à compter du jour où l'employeur [a pris] connaissance » de ces faits. Cette disposition intéresse particulièrement les phases où une enquête interne est menée. En effet, si une enquête interne doit révéler les faits fautifs, il est évident que la date où l'employeur prendra connaissance de ces faits sera bien postérieure à la date où ils ont été commis. Toutefois, les enquêtes internes peuvent s'avérer superfétatoires. Elles ne font parfois que confirmer ce qui semblait évident : à savoir que des faits fautifs sanctionnables ont bien été commis.

Le Conseil d'Etat fait également le constat de l'inégale utilité des enquêtes

d'un cadre de l'entreprise, selon laquelle ce dernier aurait demandé en février 1998 au délégué syndical CFDT de lui transmettre une copie du jugement du tribunal d'instance, ne permettait pas de considérer qu'une copie de ce jugement n'aurait pas déjà été transmise par ce délégué à l'employeur à la mi-janvier 1998, la cour a suffisamment motivé son arrêt, en réponse à l'argumentation en défense de la SOCIETE CGEA-ONYX [rejet] »

⁵⁸¹ P. LUDWIG, Concept vagues et frontières floues, *in* Pour la Science n°50 (décembre 2006), précité

⁵⁸² CE, 12 février 1990, Oberlander, req. n°88256

internes. Toutefois, il en tire une conclusion très dangereuse. Il distingue les enquêtes internes superflues de celles qui sont nécessaires, les secondes étant seules à même de décaler le point de départ la prescription. « Dans le cas où des investigations complémentaires ont été diligentées par l'employeur, elles ne sont de nature à justifier un report du déclenchement de ce délai que si elles sont nécessaires à la connaissance exacte de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits reprochés au salarié. Il appartient au juge du fond d'apprécier cette nécessité et, dans le cas où il estime ces investigations inutiles, de déclarer la poursuite pour motif disciplinaire prescrite »⁵⁸³.

La procédure de l'enquête contradictoire avant sanction paraît saine. Il est des fautes apparemment évidentes qui ne sont pas avérées après un examen attentif. La matérialité de la faute doit être établie – et le juge n'hésite pas à frapper le licenciement du salarié protégé de nullité quand elle n'est pas prouvée. La pratique de l'enquête interne avant sanction devrait être promue. Or, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation poursuivent une politique jurisprudentielle qui dissuade le recours à l'enquête interne. Mener une telle enquête revient à accepter un fort aléa : celui d'être livré à « l'appréciation souveraine du juge du fond », soit à la subjectivité la plus totale. Ce juge du fond est alors libre de déclarer une enquête interne non nécessaire, et d'opposer une prescription à la sanction de la faute. Les hautes juridictions administratives et judiciaires se font actuellement chantres de la sanction hâtive et irréfléchie – ce qui paraît particulièrement paradoxal quand on connaît leur attachement aux intérêts du salarié.

§2. LA DUREE DE LA PRESCRIPTION

La prescription s'étend sur deux mois, comme précisé par l'article L.1332-4 du Code du travail : « Aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de *deux mois* à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance ». Ce délai semble immarcescible. Par exemple, la Cour de cassation a jugé que « la maladie du salarié n'entraîne ni l'interruption ni la suspension de ce délai »⁵⁸⁴.

⁵⁸³ CE, 5 mai 2010, Société Mona Lisa Investissements, req. n°325726 : Dans le même sens : Cass. Soc. 23 novembre 2010, Société Trane contre Tressère, n°09-40638

⁵⁸⁴ Cass. Soc., 13 juillet 1993, Société établissements Gastaldi contre Medon, req. n°91-42964, Bull. Civ. V n°202

III. LA PRISE EN COMPTE DES JUGEMENTS PENaux DEFINITIFS DANS LE CONTROLE DE L'IMPUTABILITE DES FAITS

Les faits reprochés au salarié sont parfois d'une grande gravité. A tel point qu'ils peuvent faire l'objet, dans certains cas, de l'attention des juridictions pénales. Dans cette éventualité, les inspecteurs du travail doivent attendre la fin de l'instruction du juge pénal⁵⁸⁵.

Le juge pénal prend une décision qui lie les inspecteurs du travail dans leur appréciation quand elle devient définitive. Si le salarié protégé a reçu une condamnation pénale, les faits jugés lui sont imputables et demeurent matériellement établis aux yeux de l'inspection du travail et du juge administratif. « Le juge administratif est tenu par la constatation des faits opérée par le juge pénal statuant sur le fond de l'action publique »⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 43

⁵⁸⁶ CE, 11 mars 1987, ONI, req. n°53984

SECTION II. LE CONTROLE DE LA MATERIALITE DES FAITS

La matérialité est la qualité de ce qui est matériel, formé de matière⁵⁸⁷. L'examen de matérialité impose de vérifier si la faute reprochée au salarié protégé a bien été commise et n'existe pas dans la seule imagination de l'employeur. Cette matérialité des faits est démontrée par la preuve, avancée par les parties et appréciée par l'administration et le juge.

L'établissement de la matérialité de la faute se résume alors à cet adage : *idem est non esse et non probari* – ne pas être et ne pas être prouvé, c'est tout un. Dans leur ouvrage consacré aux *Adages du droit*⁵⁸⁸, Henri Roland et Laurent Boyer présentent tous les enjeux d'une telle maxime. La nécessité de la preuve est une limite inhérente aux capacités humaines face à la connaissance⁵⁸⁹. Il en résulte une grande injustice : « sans preuve, pas de droit ». « Toutes les prétentions qui cherchent un appui sur une règle juridique ont une occasion de faillir : la preuve »⁵⁹⁰. Le coupable peut triompher par droit d'inertie, l'innocent peut être condamné faute de preuve le disculpant. Aussi, la preuve doit être administrée. Pour prouver, les parties ne peuvent recourir à tous les moyens. Le rôle du juge est alors primordial pour faire respecter les règles de la preuve.

Le contrôle de la matérialité des faits oblige la puissance publique à définir son rapport aux preuves. Comment acceptera-t-elle d'être convaincue ? En l'état, la charge de la preuve pèse sur l'employeur : le doute profite donc au salarié protégé (I). Le moyen de la preuve est aussi règlementé, au bénéfice de la loyauté dans l'établissement de la vérité (II).

⁵⁸⁷ Dictionnaire Littré, définition de « matériel » : « qui est formé de matière, les substances matérielles. Qui tient de la matière ».

⁵⁸⁸ H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français* (4^e édition), 1999, Litec, p. 316

⁵⁸⁹ Par exemple, dans la théorie de la connaissance de Locke, la connaissance de l'homme résulte simplement de l'expérience. La connaissance est donc limitée par le vécu. J. LOCKE, *Essai sur la connaissance humaine* (Livre IV), 1690 : « Supposons que l'esprit est tel une feuille blanche vierge de toute inscription, dépourvue d'idées ; comment peut-il devenir si décoré ? Comment devient-il ce grand dépôt, peint aux couleurs de l'activité humaine, industrielle, sans limites, aux motifs d'une variété presque infinie ? D'où acquiert-il tous les matériaux de la raison et du savoir ? A ces interrogations, je donne une réponse d'un mot : de l'expérience. En elle est fondée toute notre connaissance »

⁵⁹⁰ H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français* (4^e édition), 1999, Litec, p. 316, précité

I. L'ETABLISSEMENT DE LA PREUVE A LA CHARGE DE L'EMPLOYEUR

La preuve pèse sur l'employeur, qui est bien demandeur dans le licenciement du salarié protégé (§1). Le doute bénéficie donc au salarié protégé (§2).

§1. UNE CHARGE PESANT SUR L'EMPLOYEUR

Il appartient à l'employeur de réunir les éléments de preuve établissant la faute du salarié protégé (A). Ces preuves peuvent être ensuite vérifiées par l'instruction de l'inspection du travail (B).

A. L'exposé de l'employeur

La preuve de la matérialité des faits reprochés pèse sur l'employeur. Une banque lyonnaise imputait à l'un de ses salariés le détournement d'argent liquide lors d'opérations de change. Ces opérations, à les supposer établies, auraient pu constituer des fautes d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement. Toutefois, l'employeur n'apporte pas d'éléments de preuve substantiels à l'appui de ses prétentions. Saisi en cassation de l'espèce, le Conseil d'Etat désigne la partie sur qui pèse, par principe, la charge de la preuve. « La société ne peut invoquer aucune faute avérée d'une gravité suffisante pour justifier le licenciement, dès lors qu'elle n'apporte pas la preuve matérielle des faits énoncés ci-dessus »⁵⁹¹.

Pour prouver la faute invoquée, l'employeur doit apporter des éléments qui ne laissent plus de place au doute dans un esprit raisonnable. En effet, le juge ne se contente pas de ses seules allégations, il ne statue pas sur « la base des griefs formulés par l'employeur »⁵⁹². L'imprécision dans la démonstration est proscrite. La formule exacte du Conseil d'Etat pour décrire ces éléments de preuve est la suivante : « des éléments justificatifs suffisamment précis et probants »⁵⁹³. Notons que cette phrase est elle-même bien sibylline. Pourrait-on imaginer une preuve qui ne soit pas ni probante⁵⁹⁴, ni

⁵⁹¹ CE, 21 décembre 1994, Société Lyonnaise de banque, req. n°127898

⁵⁹² CE, 22 mars 2010, Société CTP Prêt à partir, req. n°324398

⁵⁹³ CE, 10 mai 2002, Bernadac, req. n°220907

⁵⁹⁴ La preuve est par définition ce qui montre la vérité d'une proposition, la réalité d'un fait (Dictionnaire Littré). Une imputation qui ne répond pas à cette définition n'est pas une preuve.

justificative ? Seul le terme de précision est un peu informatif. Il signifie que le juge sera intraitable et n'acceptera que des affirmations très étayées. Il se montre pourtant bien plus libéral et tolérant lorsqu'il s'agit de démontrer le lien du licenciement avec le mandat. Dans ce cas, il accepte des présomptions vagues pour toute preuve, en vue de faire échec au licenciement⁵⁹⁵.

B. La contre-enquête de l'inspection du travail

L'inspection du travail tient des textes le pouvoir de mener une enquête contradictoire. L'article R.2421-4 du Code du travail dispose que « l'inspecteur du travail procède à une enquête contradictoire »⁵⁹⁶. Dans le cadre de l'enquête, l'inspecteur peut vérifier les allégations de l'employeur. Cette recherche est même indispensable dans le cadre du licenciement disciplinaire, où il faut traquer la réalité des imputations de l'employeur.

L'inspecteur du travail peut donc mener des contrôles dans ce but. Il dispose de réels pouvoirs d'instruction comme celui précité d'entendre des membres de l'entreprise durant un entretien individuel. Ce droit a été forgé par le Conseil d'Etat⁵⁹⁷ de la forme de l'article R.2421-11 du Code du travail : « l'inspecteur du travail procède à une enquête contradictoire au cours de laquelle le salarié peut, sur sa demande, se faire assister d'un représentant de son syndicat ».

Soulignons enfin que cette contre-enquête est contradictoire. Si l'inspecteur y découvre des éléments déterminants pour l'enquête, il doit les communiquer aux parties au procès⁵⁹⁸. Cela inclut « les témoignages, et qui sont de nature à établir ou non la matérialité

⁵⁹⁵ Par exemple, la concomitance entre le licenciement et les élections professionnelles. CE, 30 janvier 1981, Madame Godefroy, req. n°24114 : « Considérant qu'il ressort de l'ensemble des circonstances de l'affaire, notamment des conditions dans lesquelles l'autorisation de licencier Mme Y a été sollicitée dix jours après que l'intéressée ait été officiellement présentée par un syndicat comme candidate aux fonctions de délégué du personnel, que qu'elles qu'aient pu être par ailleurs la réalité et l'importance des difficultés économiques de l'entreprise depuis plusieurs années, le projet de licenciement de Mme Y était, comme elle le soutient, en rapport direct avec son appartenance syndicale et avec la circonstance qu'elle avait fait acte de candidature aux élections professionnelles »

⁵⁹⁶ Créé par le décret n°2008-244 du 7 mars 2005 – art. (V)

⁵⁹⁷ CE, 25 avril 1997, Rouault, req. n°163971

⁵⁹⁸ Cf. Partie I, titre I, Chapitre II, Section I

des faits allégués à l'appui de la demande d'autorisation »⁵⁹⁹.

§2. LE DOUTE, ALLIÉ DU SALARIÉ PROTÉGÉ

La charge de la preuve pesant sur l'employeur, le salarié protégé bénéficie d'une sorte de droit d'inertie. Si la vérité de la faute alléguée est incertaine, la matérialité de la faute n'est pas démontrée. Le doute est l'allié du salarié protégé : il lui profite et fait échec à son licenciement. Le législateur en a décidé ainsi, et la loi réglant les relations de travail fourmille d'exemples de tels bénéfices du doute^{600/601}. Les deux articles du Code du travail précités sont paraphés des mêmes mots : « si un doute subsiste, il profite au salarié ».

Cette loi est appliquée par les juridictions administratives. Il existe un exemple déjà cité de 1994, au sujet du licenciement d'une employée de banque⁶⁰². Une autre variation sur ce principe peut être évoquée. Le juge du Palais royal y rappelle que, le doute profitant au salarié, il n'est possible de démontrer la faute ni si la base d'allégations vagues, ni en faisant peser la charge de la preuve sur le salarié lui-même. L'arrêt de la Cour administrative d'appel est annulé pour avoir commis cette double erreur de droit⁶⁰³.

La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler les contours du rôle salvateur du doute avec une décision de 2009 : « si la charge de la preuve de la cause réelle et sérieuse du licenciement n'incombe pas particulièrement à l'une ou l'autre des parties, le doute profite au salarié s'il en subsiste un. Il en résulte qu'il appartient à l'employeur de fournir au juge des éléments permettant à celui-ci de constater la réalité et le sérieux du ou des motifs de licenciement et qu'à défaut, le juge ne peut retenir que le licenciement a une cause réelle

⁵⁹⁹ CE, 9 juillet 2006, Sangare, req. n°288295

⁶⁰⁰ Article L.1333-1 du Code du travail : « En cas de litige, le conseil de prud'hommes apprécie la régularité de la procédure suivie et si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction.

L'employeur fournit au conseil de prud'hommes les éléments retenus pour prendre la sanction.

Au vu de ces éléments et de ceux qui sont fournis par le salarié à l'appui de ses allégations, le conseil de prud'hommes forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. *Si un doute subsiste, il profite au salarié* ».

⁶⁰¹ Article L.1235-1 du Code du travail : « En cas de litige, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. *Si un doute subsiste, il profite au salarié*. »

⁶⁰² CE, 21 décembre 1994, Société Lyonnaise de banque, req. n°127898, précité

⁶⁰³ CE, 3 octobre 2008, Association nationale de réadaptation sociale, req. n°308046

et sérieuse »⁶⁰⁴. Cette possibilité de bénéficier du doute accordée au licenciement pour faute grave s'applique aussi au licenciement du salarié protégé, mais avec l'exigence d'une faute d'une gravité particulière.

II. LES LIMITES DE LA PREUVE DE LA FAUTE

L'établissement de la matérialité de la faute est l'un des buts poursuivis par l'employeur désireux d'obtenir le licenciement disciplinaire d'un salarié protégé. Cette fin ne justifie pas tous les moyens.

Il est des preuves qui sont interdites. Nous allons les étudier à travers le prisme du cas le plus récurrent, à savoir la preuve qui atteint le droit au respect de la vie privée. Cette problématique est ancienne (§1). Néanmoins, elle est renouvelée par le progrès des technologies de surveillance et de localisation depuis une vingtaine d'années. Celui-ci invite à préciser dans quelles conditions les preuves obtenues par ces nouveaux moyens sont acceptables (§2).

§1. LES CAS TRADITIONNELS D'ATTEINTE A LA VIE PRIVEE

Le droit au respect de la vie privée est central dans le droit français et international et doit être pris en compte dans l'administration de la preuve en droit du travail (A). Il existe déjà des cas traditionnels de conciliation entre vie privée et impératif de la preuve de la faute (B).

A. L'ancienne affirmation du droit au respect de la vie privée sur le lieu de travail

S'il « incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention », cette collecte ne doit méconnaître le respect de la vie privée d'autrui. Des textes généraux le garantissent : le premier alinéa de son article 9 dispose que « chacun a droit au respect de sa vie privée », et le droit au respect de la vie privée et familiale est aussi porté par l'article 8 de la Convention Européenne de

⁶⁰⁴ Cass. soc., 10 nov. 2009, Siuli c./ Association l'Accueil, req. n° 08- 40924

Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales⁶⁰⁵.

Cette exigence s'applique aussi en droit du travail. En effet, le Code du travail⁶⁰⁶ dispose que nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir. L'esprit de ce texte véhiculant la restriction proportionnée aux droits et libertés individuels guide la conciliation entre preuve et respect de la vie privée.

B. Les problématiques classiques de conciliation entre mode de preuve et respect de la vie privée

Etudions ces problématiques sous divers thèmes porteurs : le relevé de substances récréatives (1), le respect de la vie privée hors (2) et au cours du travail (3).

1. La détection de la présence de substances récréatives

La tension entre respect de la vie privée et preuve de la faute se manifeste dans des questions très anciennes. La prise de substances récréatives (illégales ou alcoolisées) sur le lieu de travail peut, sous certaines conditions, constituer une faute d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement⁶⁰⁷. La preuve de leur ingestion fautive est la présence des principes actifs de ces substances dans le corps des intéressés. Cette mesure passe par des moyens qui peuvent heurter la vie privée, voire même l'intégrité du corps humain : prise de sang, relevés de salive, analyse de l'air expiré.

Pour balancer intérêts du salarié et de l'employeur, le relevé de l'alcool ou de drogues est effectué avec proportionnalité et nécessité. La nécessité du contrôle est réelle quand elle poursuit un objectif raisonnable. Le contrôle d'alcool doit prévenir un danger et une faute, et demeurer contestable⁶⁰⁸. Au contraire, pour la juridiction judiciaire, le contrôle situé en fin de journée, après que les ouvriers aient fini de manœuvrer les camions, ne prévient pas un danger réel⁶⁰⁹. Sans doute la Cour de cassation ignore-t-elle que les effets de l'alcool peuvent durer plusieurs heures et apparaissent une demi-heure

⁶⁰⁵ L'article 8 CESDHLF a une valeur supra législative, ainsi que l'a jugé le Conseil d'Etat au sujet de la vie familiale. Cf. CE, Ass., 8 décembre 1978, GISTI, CFDT et CGT, Rec. p. 493

⁶⁰⁶ Article L.120-2 du Code du travail

⁶⁰⁷ Pour l'alcool : CE, 12 novembre 1990, Compagnie de signaux et d'entreprises électriques, req. n° 960721

⁶⁰⁸ Cass. soc., 22 mai 2002, Société Piani, n°99-45878

⁶⁰⁹ Cass. Soc., 24 février 2004, Société Charvet, req. n°01-47000

après absorption. Sa définition de la nécessité devrait prohiber totalement l'imprégnation alcoolique pour des travaux de maniements de véhicules et de machines dangereuses.

Enfin, le règlement assoit parfois la nécessité d'un contrôle. Certains contrôles sont présumés nécessaires, comme celui mené par le médecin du travail dans le cas du dépistage de drogues prévu par le Code du travail⁶¹⁰.

2. Les espaces de vie privée totale

Ces espaces recoupent tous les moments extra-professionnels du salarié, en dehors de son lieu et temps de travail. L'employeur ne peut y recueillir des moyens de preuve d'une faute que par des moyens proportionnés et justifiés par les intérêts légitimes de l'employeur. Une filature ne répond pas à cette définition. Cette manœuvre « organisée par l'employeur pour surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur »⁶¹¹.

3. Les espaces de vie privée au temps et lieu de travail

Le champ de la vie privée ne correspond pas strictement au temps et lieu de travail. Il existe aussi des îlots de vie privée sur le lieu de travail. La situation de ces lieux est sensiblement différente de celle des espaces de vie privée totale. Pour les inspecter, l'employeur doit recevoir l'autorisation du salarié. Cela n'est pas le cas des moments situés en dehors des temps et lieu de travail. En effet, il n'est pas possible de renoncer à leur secret.

Le contrôle des sacs personnels dans l'espace professionnel sont fréquents. Ils fournissent un bon exemple du régime de l'îlot de vie privée au travail. Ces contrôles ne permettent pas de réunir des preuves de la faute du salarié protégé que s'ils ont été consentis devant témoins. Ils ne sont pas respectueux de la vie privée s'ils ne peuvent être refusés. Dans ce cas, le licenciement du salarié protégé fondé sur un tel moyen illicite de preuve se trouve dépourvu de justification. « L'employeur ne peut ainsi, sauf circonstances exceptionnelles, ouvrir les sacs appartenant aux salariés pour en vérifier le contenu qu'avec

⁶¹⁰ Article R4624-18 du Code du travail

⁶¹¹ Cass. Soc., 26 novembre 2002, req. n° 00.42-401, Bull. Civ. V n°352

leur accord et à la condition de les avoir avertis de leur droit de s'y opposer et d'exiger la présence d'un témoin »⁶¹².

L'arrêt précité mentionne des circonstances exceptionnelles sur lesquelles il convient de se pencher. La notion a été explorée par un arrêt de la Cour de cassation du 3 avril 2001⁶¹³. La connaissance du contexte des faits de l'espèce est décisive pour comprendre le sens de la décision. Nous sommes à l'été 1995, au siège parisien de la chaîne M6. Cet été a été marqué par une vague d'attentats perpétrés par le Groupe islamique armé (GIA). A la date des faits, c'est-à-dire à la mi-septembre 1995, Paris a déjà connu des explosions meurtrières sur la ligne B du RER à Saint Michel (25 juillet) et sur la place Charles-de Gaulle (17 août), ainsi que des tentatives d'attentat les 3 et 4 septembre. Le plan Vigipirate est déclenché⁶¹⁴. Par une note interne du 8 septembre, la chaîne met en place des contrôles systématiques à l'entrée du siège. Ces contrôles incluent l'ouverture des sacs. Opposé à ces fouilles, un salarié protégé décide de forcer le barrage à l'entrée. Il est sanctionné par une mise à pied de cinq jours.

Le salarié protégé conteste cette sanction devant le juge judiciaire, qui confirme la peine en appel. La Cour de cassation juge alors que le contrôle systématique des sacs était proportionné et nécessaire eu égard à la circonstance exceptionnelle d'une vague d'attentats terroristes. « L'employeur pouvant en application du Code du travail, apporter aux libertés individuelles et collectives des salariés des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir, le fait d'avoir imposé, après consultation du comité d'entreprise, l'ouverture des sacs du personnel par des agents de sécurité, à l'entrée de l'entreprise, qui a fait l'objet d'alertes à la bombe à une époque où une série d'attentats avaient eu lieu, ne dispensait pas un salarié protégé de se soumettre à cette mesure justifiée par des circonstances exceptionnelles et des exigences de sécurité, et proportionnée au but recherché puisqu'elle excluait la fouille des sacs. Par suite, le salarié protégé qui a refusé de présenter son sac a commis une faute et la mise à pied de 5 jours motivée par ce seul refus est justifiée »⁶¹⁵. Cette solution a été appliquée pour constater la matérialité d'une faute ayant entraîné une peine mineure. Elle est aussi valable pour « rechercher si les faits

⁶¹² Cass. Soc., 11 février 2009, X. contre Société industrielle des oléagineux, req. n°07-45068

⁶¹³ Cass. Soc., 3 avril 2001, X. contre Société M6, req. n°98-45818

⁶¹⁴ Pour une présentation de l'historique du plan Vigipirate : www.risques.gouv.fr/menaces-majeures/menaces-terroristes/plan-vigipirate

⁶¹⁵ Cass. Soc., 3 avril 2001, X. contre Société M6, req. n°98-45818, précité

reprochés au salarié sont d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé et des exigences propres à l'exécution normale du mandat dont il est investi »⁶¹⁶.

§2. LES NOUVEAUX ENJEUX POSES PAR LE DEVELOPPEMENT DES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION

Les interrogations autour de la preuve de la matérialité de la faute sont renouvelées par l'apparition des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Les moyens modernes de traitement des données rapprochent notre société du panoptique décrit par Jeremy Bentham⁶¹⁷. Dans quelle mesure peut-on recueillir des preuves dans ce panoptique ? Les conditions de collecte de la preuve doivent être encore précisées.

Deux évolutions marquantes concernent la preuve de la faute. Les moyens de surveiller les activités réelles des personnes se sont développés (A). Aussi, il existe d'inspecter un cyberspace dont les espaces de vie privée sont mal identifiés (B).

A. Le panoptique réel face à la vie privée

« Souriez, vous êtes filmés ». Le slogan rappelle la montée de la vidéosurveillance depuis quelques décennies. Cette prolifération des caméras de surveillance n'épargne pas le lieu de travail. La preuve d'une faute qualifiée du salarié protégé est parfois obtenue par les CCTV⁶¹⁸. Comment l'accueillir ? Il est de jurisprudence constante que les enregistrements à l'insu des salariés ne sont pas licites⁶¹⁹. Le consentement des salariés n'est pas suffisant, car le dispositif d'enregistrement d'image doit être proportionné et nécessaire pour être compatible avec l'article L. 1121-1 du Code du travail⁶²⁰. Censé lutter

616 CE Ass., 5 mai 1976, Société d'aménagement foncier et d'établissement rural d'Auvergne et Ministre de l'agriculture c. Bernette, rec. 232

617 J. BENTHAM, Le Panoptique : mémoire sur un nouveau principe pour construire des maisons d'inspection, et nommément des maisons de force, 1780, réed. Mille et une Nuits

618 Closed Circuit Televisions, les caméras de surveillance en circuit fermé.

619 Cass. civ., 20 novembre 1991, Néocel, req. n°88-43120 : « tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite »

620 Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.

contre le vol, un ensemble de « onze caméras filmant les lieux ouverts au public (portes d'accès, magasin situé au rez-de-chaussée et premier étage) et les lieux réservés au personnel où aucune marchandise n'est stockée (couloirs, réserve, ateliers de création) »⁶²¹ est disproportionné face au but recherché.

Cette quête de proportionnalité parcourt aussi les preuves tirées des communications téléphoniques ou des relevés GPS. L'enregistrement des conversations téléphoniques n'est pas proportionné et nécessaire, sauf si est justifiée par des impératifs professionnels et si les salariés en ont été avertis⁶²². De même, l'usage d'un système de localisation par GPS est subordonné à une information des salariés en amont. Aussi, la géolocalisation doit avoir pour finalité: « a) Le respect d'une obligation légale ou réglementaire imposant la mise en œuvre d'un dispositif de géolocalisation en raison du type de transport ou de la nature des biens transportés ; b) Le suivi et la facturation d'une prestation de transport de personnes ou de marchandises ou d'une prestation de services directement liée à l'utilisation du véhicule ; c) La sûreté ou la sécurité de l'employé lui-même ou des marchandises ou véhicules dont il a la charge ; d) Une meilleure allocation des moyens pour des prestations à accomplir en des lieux dispersés, notamment pour des interventions d'urgence ; e) Le traitement peut avoir pour finalité accessoire le suivi du temps de travail, lorsque ce suivi ne peut être réalisé par d'autres moyens »⁶²³.

B. Le panoptique virtuel face à la vie privée

Le progrès technologique a créé un cyberspace. Panoptique virtuel, ce lieu résulte de l'interconnexion des ordinateurs. Il a différentes utilités : stockage de données, expression privée ou publique sur une *agora* dématérialisée. La définition des moyens de preuve de la faute en passant par cette espace est délicate.

Des données personnelles peuvent être présentes sur un disque dur professionnel : historiques internet, correspondances par mël, fichiers de format divers⁶²⁴. L'usage d'une

⁶²¹ Délibération CNIL n° 2009-201 du 16 avril 2009 de la formation restreinte prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société JEAN MARC PHILIPPE

⁶²² Cass. soc., 14 mars 2000, n° 98-42.090, Bull.civ. V n° 101, Dujardin c. Sté Instinet France

⁶²³ Délibération CNIL n° 2006-067 du 16 mars 2006 portant adoption d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics ou privés destinés à géo-localiser les véhicules utilisés par leurs employés

⁶²⁴ Images, textes, photographies, vidéos...

connexion internet au temps et lieu de travail est présumé avoir une finalité professionnelle. L'historique internet peut donc servir de moyen de preuve⁶²⁵. Il en est de mêmes des conversations électroniques⁶²⁶ ou des fichiers informatiques⁶²⁷, sauf s'ils ont été expressément désignés comme personnels.

Enfin, les déclarations des salariés protégés sur les réseaux sociaux peuvent être retenues contre eux. Le Conseil d'Etat suivra certainement la position des juridictions judiciaires sur ce point. Les sites tels que Facebook ont des fonctions d'expression publique. Un salarié protégé qui s'épanche très violemment contre son employeur sur un groupe⁶²⁸ ou un « mur » virtuel⁶²⁹ pourra sans doute risquer le licenciement⁶³⁰. En effet, « Facebook doit être considéré, au regard de sa finalité et de son organisation, comme un espace public »⁶³¹.

⁶²⁵ Cass. Soc., 9 juillet 2008, req. n°06-45800

⁶²⁶ Cass. soc., 12 octobre 2004, req. n°02-40392

⁶²⁷ Cass. soc., 17 mai 2005, req. n°03-40017

⁶²⁸ CA Besançon, ch. soc., 15 novembre 2011, req. n°10-02642

⁶²⁹ CA Reims, ch. soc., 9 juin 2010, req. n° 09-03209

⁶³⁰ CE, 9 décembre 1977, Société Gallice, req. n° 03370. Par exemple, s'il y traite son employeur de « salaud », de « saloperie » ou de « fumier ».

⁶³¹ Cons. prud'h. Boulogne-Billancourt ; req. n°09-00343

SECTION III. LE CONTROLE DE LA GRAVITE DES FAITS

L'appréciation de la faute impose enfin de mesurer sa gravité. C'est la dimension la plus moraliste du licenciement du salarié protégé pour motif disciplinaire. Elle évoque les sentences antiques des maîtres face à leurs mauvais serviteurs : « serviteur mauvais et paresseux, tu savais que je moissonne là où je n'ai pas semé, que je ramasse le grain là où je n'ai pas répandu. Alors, il fallait placer mon argent à la banque ; et à mon retour, je l'aurais retrouvé avec les intérêts ; et, à mon retour, je l'aurais retrouvé avec les intérêts (...). Ce serviteur bon à rien, jetez-le dehors dans les ténèbres. Là, il y aura des pleurs et des grincements de dents »⁶³².

Dans le licenciement, qui pourrait dire que l'appréciation de la faute ne se fonde pas sur des critères moraux ? Les critères ont sans doute évolué – bien qu'il existe toujours des licenciements fautifs fondés sur des pertes financières⁶³³ – mais le principe reste le même. Le manquement à des obligations préexistantes⁶³⁴ est puni. Que les obligations violées aient changés de support, qu'elles ne résultent plus d'un discours de bon sens mais de lois écrites et votées ne change rien. Elles demeurent fondamentalement subjectives, culturelles, relatives et donc morales.

Ce jugement du « comportement approprié »⁶³⁵ se fonde sur des critères uniques en ce qui concerne le licenciement du salarié protégé. « Dans le cas où la demande de licenciement est motivée par un comportement fautif, il appartient à l'inspecteur du travail saisi et, le cas échéant, au ministre compétent de rechercher si les faits reprochés au salarié sont d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé et des exigences propres à l'exécution normale du mandat dont il est investi »⁶³⁶. La faute exigée est d'une gravité particulière. De plus, elle est atténuée par des circonstances liées au contrat de travail ou au mandat. On en déduit que les standards moraux attendus du salarié protégé sont plus bas. Pour qu'il soit licencié, sa faute doit être d'une gravité supérieure à celle d'un salarié non mandaté.

⁶³² Matthieu 25:14

⁶³³ CAA Bordeaux, 30 mars 2000, Etablissements Jean Valette, req. n°96BX02325

⁶³⁴ Définition de la faute par Marcel Planiol, in M. PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit, Pichon, 1901, P. 302

⁶³⁵ L'origine étymologique de « morale » est le latin *moralitas*, qui signifie « comportement approprié ».

⁶³⁶ CE, Ass., 5 mai 1976, Société d'aménagement foncier et d'établissement rural et ministre de l'agriculture c/ Bernette, rec. p. 232

Dans la patrie de Saint-Just, il est courant de dire qu'« on ne gouverne pas innocemment »⁶³⁷. Les responsables de charges politiques seraient plus enclins à agir sans se soucier de la morale. Devraient-ils être, en conséquence, plus aisément pardonnés ? La proposition semble choquante. L'heure est à la moralisation de la vie publique⁶³⁸. Cette logique suggérerait plutôt l'exemplarité des représentants d'intérêts collectifs comme les salariés protégés. Et donc, une sanction plus sévère s'ils venaient à manquer à leur rôle de modèle.

Le mécanisme que nous allons décrire est en passe de devenir anachronique. Il proclame l'exigence très protectrice d'une faute d'une gravité suffisante (I). Ensuite, il module les effets de la faute en fonction de facteurs aggravants ou atténuants (II).

I. LA NOTION TRES PROTECTRICE DE FAUTE D'UNE GRAVITE SUFFISANTE

Issue de l'arrêt *Safer d'Auvergne*⁶³⁹ (§1), la notion de faute d'une gravité suffisante a été souvent appliquée : elle témoigne d'une conception particulière de la faute justifiant un licenciement (§2).

§1. L'ENONCE DE LA NOTION DE FAUTE D'UNE GRAVITE SUFFISANTE

L'arrêt *Safer d'Auvergne*⁶⁴⁰ fonde la définition de la faute justifiant le licenciement d'un salarié protégé. La mission d'intérêt général des sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (Safer) est « d'acquérir des terres ou des exploitations agricoles », puis de les mettre en valeur en vue de les céder à des agriculteurs. Dans cette perspective, les Safer peuvent préempter certaines terres et en vendre d'autres : la gestion financière de

⁶³⁷ Louis Antoine Léon de Saint-Just, Discours à la Convention le 13 novembre 1792. La citation exacte est : « on ne règne pas innocemment ».

⁶³⁸ Quelques exemples : Le rapport rendu par la Commission Jospin le 9 novembre 2012 sur la rénovation et la déontologie de la vie publique, le rapport rendu le 11 février 2011 par la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la Ve République (rapport Jean-Marc Sauvé) ou encore, le projet de loi de moralisation de la vie politique, sans doute déposé en 2013 à l'Assemblée Nationale.

⁶³⁹ CE, Ass., 5 mai 1976, Société d'aménagement foncier et d'établissement rural et ministre de l'agriculture c/ Bernette, rec. p. 232

⁶⁴⁰ Idem

cette structure est délicate. A terme, l'objectif est « d'améliorer les structures agraires, d'accroître la superficie de certaines exploitations agricoles et de faciliter la mise en culture du sol et l'installation d'agriculteurs »⁶⁴¹.

Monsieur Bernette est employé d'une telle Safer. Il y travaille comme chef du service départemental de l'Allier de la Safer d'Auvergne. L'intéressé est aussi salarié protégé car membre du comité d'entreprise. Le 26 octobre 1973, Monsieur Bernette est licencié suivant la procédure spéciale. Il lui est reproché, entre autres, d'avoir effectué des opérations financières trop coûteuses. L'appréciation de l'éventuelle faute de Monsieur Bernette divise. En effet, l'inspection du travail avait refusé le licenciement. Puis, le Ministre, saisi sur recours hiérarchique, l'avait autorisé avec une décision du 1^{er} octobre 1973. Sa décision est annulée par le Tribunal administratif de Clermont-Ferrand par jugement du 17 janvier 1975.

Saisi en appel, le Conseil d'Etat établit, dans un considérant de principe, la notion de faute d'une gravité suffisante. « Dans le cas d'un licenciement, l'administration doit rechercher si les faits reprochés au salarié sont d'une gravité suffisante pour le justifier, et le juge exercer son entier contrôle sur cette qualification »⁶⁴². L'appréciation de la faute tient compte des exigences propres à l'exécution normale du mandat dont le salarié protégé est investi. Cette phrase a pour but de découvrir des circonstances atténuantes à la faute (ce qui sera confirmé plus bas).

§2. LA NOTION DE FAUTE D'UNE GRAVITE SUFFISANTE, ESPACE DE LIBERTE POUR L'APPRECIATION DU JUGE

La notion de faute d'une gravité suffisante a pu être réutilisée. La frontière entre faute suffisante et faute insuffisante est souvent difficile à déterminer. Elle dépend largement de l'appréciation du juge. Un vol de 49F50 de marchandises dans le magasin où travaille le salarié protégé ne justifie pas un licenciement⁶⁴³ : le montant est trop anecdotique, et il s'agissait d'un premier manquement disciplinaire. Au contraire, le vol de

⁶⁴¹ Article 15 de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole (loi créant les Sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural)

⁶⁴² Commentaire de l'arrêt Safer d'Auvergne aux Grands arrêts de la jurisprudence administrative Dalloz, 2007, p. 621

⁶⁴³ CE, 11 février 1998, Société anonyme des Monoprix, Rec. 53

biens de valeur plus importante peut caractériser une faute d'une gravité suffisante⁶⁴⁴. L'appréciation du juge détermine la frontière entre la faute suffisamment grave et celle qui ne l'est pas. Des retards peu fréquents ne fondent pas un licenciement⁶⁴⁵, là où des retards systématiques fourniront une justification suffisante à cette fin⁶⁴⁶.

II. LES FACTEURS MODULATEURS DE LA FAUTE DU SALARIE PROTEGE

Le juge peut moduler les conséquences de la faute et, éventuellement, justifier ou refuser un licenciement. Il utilise à cette fin une grille de lecture articulée autour de facteurs atténuants (§1) ou aggravants (§2).

§1. LES FACTEURS ATTENUANTS

Les facteurs atténuants de la faute tiennent compte de l'environnement du salarié protégé (A) ainsi que de son propre comportement (B).

A. L'environnement du salarié protégé

Les conditions de travail du salarié protégé fournissent parfois des circonstances atténuantes à sa faute.

Le mauvais management du supérieur hiérarchique du salarié protégé explique parfois l'origine d'une faute qui aurait, dans d'autres circonstances, justifié le licenciement d'un salarié protégé. Si cette circonstance atténuante est identifiée, le licenciement n'est pas accordé. Une faute d'une gravité suffisante n'est pas reconnue quand le travail demandé « exigeait pour être exécuté de façon satisfaisante une qualification supérieure à celle attachée à l'emploi occupé par le salarié protégé au sein de l'entreprise et au niveau de ses compétences professionnelles »⁶⁴⁷.

Il en est de même pour le salarié protégé dont l'employeur est débonnaire, bon jusqu'à la faiblesse. Laissant d'autres salariés siphonner l'essence de leurs camions

⁶⁴⁴ CE, 19 octobre 1988, Société d'exploitation des magasins utilitaires Monoprix, Rec. 351

⁶⁴⁵ CE, 6 mars 1987, Société « les terreaux de France », Rec.977

⁶⁴⁶ CE, 20 mars 1981, Atoussi, Rec. 162

⁶⁴⁷ CE, 15 juin 1987, Société impression et publicité, req. n°75505

professionnels vers leurs véhicules personnels depuis quelques années, cet employeur ne peut reprocher à un salarié protégé qui s'adonne à cette pratique de lui subtiliser du gazole⁶⁴⁸.

Une dernière application de cette atténuation par l'environnement existe. Elle concerne les salariés qui évoluent dans un milieu professionnel où le langage utilisé est souvent familier. Dans ce contexte, une insulte dirigée vers l'employeur est plus excusable. Elle ne justifie pas nécessairement un licenciement. La Cour de cassation a souvent annulé des licenciements disciplinaires en raison de cette circonstance atténuante⁶⁴⁹. Par exemple, elle n'a pas estimé que le comportement d'un conducteur de travaux qui avait traité son employeur de « connaud »⁶⁵⁰ était constitutif d'un manquement réel et sérieux. Le Conseil d'Etat n'a pas encore appliqué cette dernière jurisprudence. Il est possible qu'il l'imite, conformément à sa tendance, dans le contentieux des salariés protégés, à reprendre les solutions de la Cour de cassation.

B. Le comportement antérieur du salarié protégé

L'absence d'antécédents disciplinaires du salarié protégé plaide en sa faveur. Elle fait apparaître la faute reprochée comme isolée, exceptionnelle. Cette atténuation a lieu quand est utilisée une phrase qui mentionne d'abord l'ancienneté du salarié protégé puis une vie professionnelle vierge de tout manquement disciplinaire : « compte tenu notamment de ce que [le salarié protégé] n'avait fait l'objet d'aucun reproche auparavant »⁶⁵¹, « eu égard notamment à l'ancienneté de l'intéressée qui n'avait fait antérieurement l'objet de la part de son employeur d'aucun reproche »⁶⁵², « la Cour a pu également, sans erreur de droit, tenir compte de l'ancienneté du salarié au sein de l'association et de l'absence de tout antécédent disciplinaire »⁶⁵³ ou encore « l'intéressée avait une ancienneté de vingt ans dans l'établissement et n'avait fait jusqu'alors l'objet

⁶⁴⁸ CAA Lyon, 3 juillet 2001, Société Cariane Auvergne, req. n°01LY00593

⁶⁴⁹ Cass. Soc., 12 février 1987, Société Transkol, req. n°85-44.152 ; Cass. Soc., 11 mai 1988, Société Générale de restauration, req. n°85-43804

⁶⁵⁰ Cass. Soc., 16 février 1987, Etablissements Trouillet, req. n°84-41065

⁶⁵¹ CE, 13 avr. 1988, Dailledouze, req. n°69.763

⁶⁵² CE, 22 janvier 1996, Madame Guilbert, req. n°119127

⁶⁵³ CE, 20 mai 2005, Association Pyrene Plus, req. n°264553

d'aucune sanction »⁶⁵⁴.

§2. LES FACTEURS AGGRAVANTS

Les facteurs aggravants de la faute impliquent de considérer l'environnement du salarié protégé (A) et son propre comportement (B).

A. L'environnement du salarié protégé

Un travail aux responsabilités graves laisse moins de place à l'erreur humaine. Une telle difficulté professionnelle doit être prise en compte dans l'appréciation de la faute. Elle renforce la sévérité de l'appréciation⁶⁵⁵. L'infirmière qui procède à l'injection par voie intraveineuse de chlorure de potassium non dilué, médicament dont elle ne pouvait ignorer le caractère dangereux, a commis, une faute professionnelle qui a été l'origine d'un malaise très sérieux chez une malade. Son licenciement est justifié⁶⁵⁶, tout comme celui du responsable d'un rayon boucherie d'un supermarché qui laisse à de nombreuses reprises des produits périmés en vente⁶⁵⁷.

B. Le comportement antérieur du salarié protégé

La présence d'antécédents disciplinaires peut plaider en la défaveur d'un salarié protégé : « considérant qu'il ressort des pièces du dossier que Monsieur X... a commis à plusieurs reprises des fautes dans l'exercice de ses fonctions qui ont contribué à perturber le fonctionnement normal de l'entreprise et ont été de nature à altérer la réputation de celle-ci à l'égard de sa clientèle ; que les manquements répétés de Monsieur X... à ses obligations professionnelles, qui ont pris la forme d'abandons de poste et de refus de travail, ont constitué des fautes d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement »⁶⁵⁸.

⁶⁵⁴ CAA Nantes, 25 avril 2002, X. c. Société Prisunic exploitation, req. n°98NT00530

⁶⁵⁵ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 43

⁶⁵⁶ CE, 20 août 1987, Agurerre, req. n° 70132

⁶⁵⁷ CE, 11 juin 1991, Moussu, req. n°101920

⁶⁵⁸ CE, 15 juin 1988, Gousset, req. n°78270

CONCLUSION CHAPITRE II

Le contrôle de l'administration et du juge de la faute du salarié est extrêmement poussé. Il se fonde sur une triple vérification : l'imputabilité, la matérialité et la gravité des faits. Cet examen sourcilleux est source d'une insécurité juridique. Passée au crible, la décision de l'inspection du travail est davantage exposée à l'annulation.

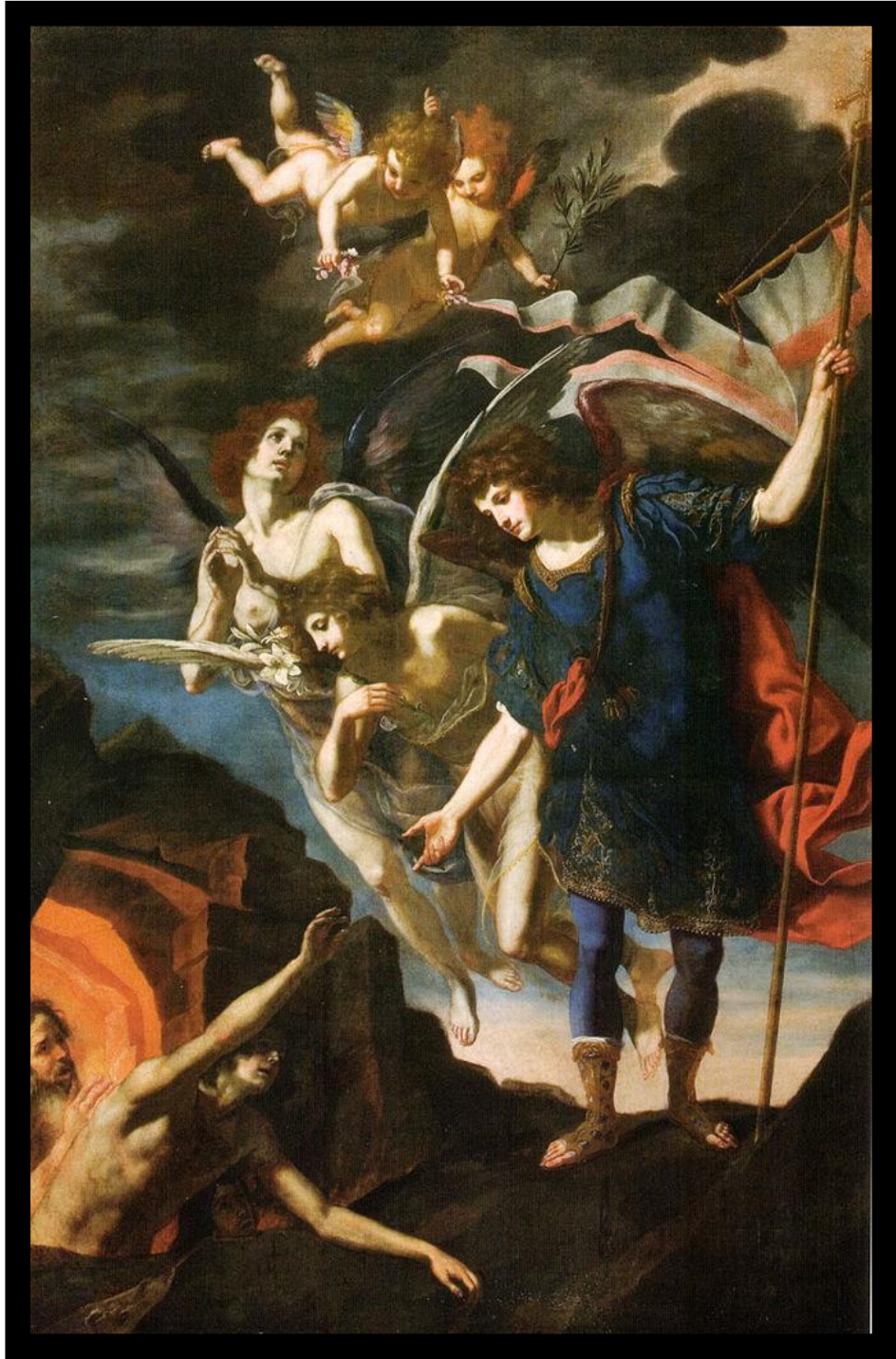
CONCLUSION TITRE I

Dans sa représentation du Festin de Balthazar actuellement exposée à la National Gallery, Rembrandt met en évidence des écritures lumineuses, gravée sur un mur sombre : « *mene mene teckel upharsin* ». Ce qui signifie : « Compté, compté, pesé et divisé ». Pour Balthazar comme pour nos contemporains, les actes commis sont susceptibles d'être soupesés, jugés, évalués. Et ce jugement, s'il a lieu, peut avoir des conséquences néfastes⁶⁵⁹.

Dans le cas du salarié protégé, le jugement méticuleux de l'acte condamnable semble s'éloigner de ce principe. Il a plutôt pour objet de pardonner que de sanctionner. Cette propension au pardon n'est pas toujours suivie d'effet, car la jurisprudence s'avère maladroite : elle ne parvient pas à excuser les manquements liés au mandat, mais y parvient un peu mieux dans l'appréciation de la faute dans l'exécution du contrat de travail.

⁶⁵⁹ A tel point que les anglophones utilisent l'idiome « L'écriture sur le mur » (*The writing on the wall*) pour désigner des actes qui présagent d'un destin douloureux. Dans l'œuvre de R.L Stevenson, le Dr Jekyll explique que l'apparition de Mr Hyde causera sa perte : « *Mr. Hyde was like the babylonian finger on the wall, to be spelling out the letters of my judgement* ».

TITRE II.
LA REDEMPTION DE LA FAUTE



Il est des tableaux d'une force allégorique insoupçonnée. Le chef d'œuvre de Jacopo Vignali, *Saint Michel libère une âme du Purgatoire*⁶⁶⁰, en fait partie. Un homme a été plongé dans le feu par sa propre faute. Il tend la main vers Saint Michel Archange accompagné de deux anges, venu pour le sauver malgré ses pêchés.

L'artiste a voulu dépeindre le concept théologique de rédemption. Il s'adressait à ceux qui partageaient sa foi. Aujourd'hui, l'œuvre est aussi riche d'évocation pour le juriste moderne. Elle peut lui rappeler l'état actuel du droit du licenciement du salarié protégé. S'il a commis une faute suffisamment grave pour justifier un licenciement, le salarié protégé dispose malgré tout d'issues pour ne pas être licencié. Cette possibilité s'apparente à une rédemption, dans un sens plus littéraire que théologique. Le salarié protégé est ramené au bien, racheté⁶⁶¹ même s'il aurait dû être sanctionné.

L'image de Vignali rappelle l'organisation de la capacité rédemptrice de la puissance publique. Le damné du purgatoire fait face à trois anges⁶⁶², tandis que le salarié protégé peut compter sur trois pouvoirs pour empêcher son licenciement : les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Le premier vote la loi. Il fixe donc les règles concernant l'amnistie⁶⁶³, et peut faire disparaître une faute qui aurait pu fonder un licenciement. Les deux autres pouvoirs appliquent la loi ou précisent son application. L'administration se plie aux exigences du juge, qui détermine sous quelles conditions un salarié protégé peut être licencié. Certaines règles jurisprudentielles prescrivent d'annuler un licenciement nonobstant l'existence d'une faute d'une gravité suffisante. Là encore, ce mécanisme s'apparente à une rédemption.

Ce rachat soulève des difficultés majeures. Son acceptabilité vient parfois à manquer. Une faute d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement est normalement suivie d'une rupture de contrat de travail. Le geste qui consiste à ne pas la sanctionner peut susciter l'incompréhension. Il peut apparaître comme contraire au principe d'égalité de

⁶⁶⁰ L'université de Bologne a établi une fiche technique du tableau (lieu de conservation actuel, photographies), disponible sur leur site internet : http://fe.fondazionezeri.unibo.it/catalogo/scheda.jsp?decorator=layout&apply=true&tipo_scheda=OA&id=54834&titolo=Vignali+Jacopo%0A%09%09%09%0A%09%09++++%2C+San+Michele+libera+un%26%23039%3Banima+dal+Purgatorio

⁶⁶¹ Reprise de la définition de la rédemption, in Dictionnaire français, Larousse, 2013

⁶⁶² Pour être plus exact : deux anges et un archange. Les chérubins sont en retrait et ne sont pas comptés dans l'énumération.

⁶⁶³ Article 34 de la Constitution

traitement des salariés. Ensuite, la mise en échec du licenciement intervient souvent en cours de licenciement. S'ensuit alors une désorganisation profonde de l'action administrative et de la procédure judiciaire.

Ce sont ces difficultés concrètes que nous allons aborder. L'étude de la rédemption de la faute impose d'aborder toutes ses voies. Il existe une rédemption par l'amnistie (Chapitre I) et une rédemption par d'autres règles jurisprudentielles formées par l'administration et le juge (Chapitre II).

CHAPITRE I. LA REDEMPTION PAR L'AMNISTIE

« Il y avait dans Rome quelques jeunes gens d'une naissance distinguée, qui, sous la royauté, s'abandonnaient librement à leurs passions. Depuis que tous les droits étaient devenus égaux, ils regrettaient leurs privilèges, et se plaignaient entre eux de ce que la liberté des autres s'était tournée pour eux en esclavage. « Un roi, se disaient-ils, est un homme dont on peut tout obtenir ; un homme auprès duquel le champ est ouvert à la faveur, ouvert aux bienfaits, qui peut pardonner, et qui sait mettre une différence entre un ami et un ennemi (...) » Les esprits étaient exaspérés (...). Le sénat leur donna audience, et délibéra pendant plusieurs jours sur l'objet de leur mission. Refuser, c'était donner un prétexte pour déclarer la guerre; rendre, c'était fournir des secours et des ressources pour la faire »⁶⁶⁴.

Dans ces lignes tirées de *l'Histoire de Rome*, Tite-Live montre peu d'aménité pour cette frange de la population romaine qui tente d'obtenir un traitement préférentiel du sénat. Le procédé lui paraît moralement condamnable, mais aussi politiquement vain. Il mène à une impasse, car il impose un choix entre la frustration ou l'injustice. Cette réflexion antique semble pourtant d'actualité en 2013, avec la proposition de loi portant amnistie des faits commis à l'occasion de mouvements sociaux et d'activités syndicales et revendicatives. Le parallèle est saisissant et, à quelques éléments près, on pourrait confondre le compte rendu de Tite-Live avec celui des commentateurs des débats parlementaires de 2013.

L'enjeu actuel concerne l'utilisation des pouvoirs du Parlement en vue de revenir sur un licenciement de salarié protégé pour motif disciplinaire. L'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 charge la loi de fixer « les règles concernant (...) l'amnistie ». Le Parlement peut prendre une « mesure qui ôte rétroactivement à certains faits commis à une période déterminée leur caractère délictueux – ces faits étant réputés avoir été licites, mais non pas ne pas avoir eu lieu »⁶⁶⁵. L'amnistie peut être utilisée en vue de retirer le caractère délictueux de faits commis par des salariés protégés et de faire échec à leur licenciement. Les bénéficiaires de l'amnistie disposent de voies de droit pour obtenir leur réintégration dans leur emploi antérieur.

⁶⁶⁴ Titus Livius, *Ab Urbe Condita*, Livre II.

⁶⁶⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique* 8^e édition, PUF, 2007, p.55

Le Parlement a le pouvoir de rédemption du salarié protégé : il rachète la faute quand celle-ci paraît définitive. Il est par conséquent un des acteurs du contrôle du licenciement du salarié protégé. Cette action suscite une réflexion dans les champs de la philosophie politique comme de la légistique ou de la science administrative.

Les débats quant à la justice d'une telle intervention ont été relevés. Ils ont mené à l'abandon progressif de ces lois. L'amnistie des salariés protégés paraît aujourd'hui à contre-courant de cette tendance (Section I). Aussi, le contrôle du licenciement du salarié protégé par le Parlement soulève des enjeux techniques nombreux. L'élaboration de la loi d'amnistie est délicate, car il faut borner un nombre restreint de faits fautifs à amnistier. L'administration et le juge sont ensuite garants de l'application de la loi, dont la nécessaire rétroactivité soulève toujours des difficultés (Section II).

SECTION I. LE RETOUR A CONTRE-TEMPS DE L'AMNISTIE DU SALARIE PROTEGE

Le 28 novembre 2012, une proposition de loi portant amnistie des faits commis à l'occasion de mouvements sociaux et d'activités syndicales et revendicatives a été déposée au Sénat⁶⁶⁶. Cette proposition a été adoptée le 27 février 2013. Elle a été transmise le même jour à l'Assemblée Nationale pour une première lecture. Avant d'analyser le contenu du texte, notons que son principe s'inscrit contre une tendance de fond. L'amnistie tombait en désuétude (I). Il est surprenant qu'elle soit à nouveau envisagée comme solution aux tensions sociales (II).

I. LE DECLIN DES LOIS D'AMNISTIE

Une mise en perspective doit être effectuée au sujet de la pratique de l'amnistie. Elle imposera de s'éloigner temporairement du sujet. Ce n'est que pour prendre plus de recul, pour comprendre pourquoi la loi « d'amnistie des syndicalistes »⁶⁶⁷ intervient à contretemps. En effet, l'histoire des lois d'amnistie est celle d'un déclin, d'une tradition (§1) devenue obsolète sous la V^{ème} République (§2).

§1. LA NAISSANCE D'UNE TRADITION D'AMNISTIE

Forte d'antécédents anciens (A), la pratique des lois d'amnistie a pu être régulière sous la V^{ème} République jusqu'en 2002 (B).

⁶⁶⁶ Texte de la proposition adoptée disponible sur le site du Sénat (<http://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl12-169.html>) : « La présente proposition de loi a été déposée au Sénat par Annie David (CRC, Isère), Éliane Assassi (CRC, Seine-Saint-Denis) et plusieurs de leurs collègues le 28 novembre 2012. »

⁶⁶⁷ Terme utilisés par les journalistes et les acteurs de cette loi : L'Humanité (« Amnistie des syndicalistes : et les patrons-voyous, qui pour les condamner ? » <http://www.humanite.fr/node/516334>), Le Monde (« Quelques 300 partisans du front de gauche ont manifesté pour l'amnistie des syndicalistes » http://www.lemonde.fr/politique/article/2013/02/27/de-la-rue-au-senat-le-front-de-gauche-defend-l-amnistie-sociale_1839961_823448.html)

A. Le pardon, prérogative ancienne du souverain

La grâce monarchique (1) préfigure le pouvoir d'amnistie par les représentants du peuple (2).

1. La grâce du monarque souverain sous l'Ancien Régime



Figure 5 - L'arbre de Figon⁶⁶⁸

Le pouvoir de gracier les crimes est, en France, une prérogative ancienne du souverain. Elle est une conséquence de l'origine divine du pouvoir royal. En effet, lors de

⁶⁶⁸ C. FIGON, Discours des Estats et offices tant du gouvernement que de la justice et des finances de la France, Paris, 1579, cité par E. LE ROY-LADURIE, L'Histoire (n° 96), janvier 1987

son sacre, le Roi contracte une dette avec son peuple. Il s'engage à tout faire pour établir le royaume de Dieu sur terre. Le franciscain Hugues de Barjols avertit même Louis XI lors d'un sermon donné à Hyères en juillet 1254 : « que le roi prenne garde de faire si bien justice à son peuple qu'il en conserve l'amour de Dieu, sinon Dieu lui ôterait le royaume de France »⁶⁶⁹. Cette lourde obligation s'accompagne de prérogatives particulières : le monopole de la justice royale. On dit alors que « toute justice émane du Roi »⁶⁷⁰, ce que corrobore la représentation imagée de l'arbre de Figon.

Le Roi est investi « grand débiteur de justice ». Il a des pouvoirs de juge, et peut punir comme pardonner. Saisi par un justiciable, le Roi peut émettre une lettre de rémission en vue de gracier un crime ou un délit. Le monarque n'a pas le monopole de ce pouvoir, mais il en est le principal utilisateur : sous Charles VI (1380-1422), 74% des lettres de rémission émanent directement du Roi alors que 26% seulement proviennent des requêtes du Conseil privé ou de la Chancellerie⁶⁷¹. Cette prérogative est surtout exercée en période de trouble. Le pic de lettres de rémission est atteint durant le règne de Philippe VI de France (1328-1350) et les premières années de la guerre de Cent ans. Deux explications peuvent être données : « soit les désordres issus de ces luttes ont entraîné un relâchement des mœurs, soit, plus vraisemblablement, la concession sur un rythme accéléré de ces lettres a été pour le trésor royal une source facile et abondante de revenus (une taxe spéciale aurait été instituée pour l'obtention de ces lettres) »⁶⁷². Comme l'amnistie d'aujourd'hui, la rémission royale cache parfois des visées opportunistes derrière des apparences d'apaisement.

2. L'amnistie par le peuple souverain de 1791 à 1958

Entre la Révolution et le début de la Ve République, l'amnistie devient une pratique courante de réconciliation nationale.

La pratique débute avec l'amnistie de 1791, abondamment citée aujourd'hui par les

⁶⁶⁹ J. PICQ, Histoire et droit des Etats – La souveraineté dans le temps et l'espace européens, 2005, Presses de Sciences Po, pp. 187-197

⁶⁷⁰ H. ROLAND, L. BOYER, Adages du droit français, 1999, Litec, p. 886

⁶⁷¹ J. PICQ, Histoire et droit des Etats – La souveraineté dans le temps et l'espace européens, 2005, Presses de Sciences Po, pp. 188

⁶⁷² M. FRANCOIS, Note sur les lettres de rémissions transcrites dans les registres du trésor des chartes, 1942, Bibliothèque de l'école des chartes, volume 103, pp. 317-324

partisans de l'amnistie des syndicalistes⁶⁷³. Le décret d'amnistie du 14 septembre 1791 préparé par la Fayette résulte d'un marchandage entre le Roi et l'Assemblée Nationale. Le premier accepte la Constitution préparée par la seconde, à condition d'une amnistie pour certains faits commis par les révolutionnaires et les contre-révolutionnaires entre 1789 et 1791. Louis XVI déclare : « je souhaite que les accusations et les poursuites de la révolution soient éteintes dans une réconciliation générale. (...) Je ne parle pas de ceux qui n'ont été déterminés que dans leur attachement pour moi ; pourriez-vous y voir des coupables ? Quant à ceux qui, par des excès où je pourrais apercevoir des injures personnelles ont attiré sur eux la poursuite des lois, j'éprouve à leur égard que je suis le roi de tous les Français »⁶⁷⁴. Cette première tentative d'amnistie n'est pas bien accueillie : la gauche de l'Assemblée est encline à ne pas respecter cet ordre de clémence. L'amnistie est ici un « silence des lois »⁶⁷⁵, et pour reprendre la formule de Condorcet, elle « confond l'innocent et le coupable »⁶⁷⁶. On lui oppose, lors du procès de Louis XVI, le droit naturel qu'ont les peuples à se soulever contre les tyrans. L'amnistie n'est pas appliquée, et le citoyen Louis Capet est condamné pour 33 chefs d'accusation dont certains sont visés par l'amnistie. Le décret du 14 septembre 1791 ne fait pas échec à l'exécution de Louis Capet pour « Tentative de dissolution de la toute nouvelle Assemblée Nationale constituante le 20 juin 1789, envois de troupes pour contrer les émeutiers lors de la prise de la Bastille le 14 juillet 1789, refus de contresigner l'abolition des privilèges votée le 4 août et la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen le 26, ou fuite à Varennes le 21 juin 1791 »⁶⁷⁷.

Il existe d'autres exemples d'amnisties plus tardives, sous la III^e comme sous la IV^e République. On peut citer l'amnistie des communards par une loi du 11 juillet 1880. Ou

⁶⁷³ Déclaration d'E. BENBASSA (Europe Ecologie-Les Verts) en séance sur la proposition de loi portant amnistie des faits commis à l'occasion de mouvements sociaux et d'activités syndicales et revendicatives (27 février 2013) : « Rien n'illustre mieux cette fonction essentielle de l'amnistie que ce décret du 14 septembre 1791 qui instaurait une amnistie générale pour tous – pour les révolutionnaires, pour les contre-révolutionnaires, ainsi que pour le roi – dans le but de préserver la Constitution de 1791 ».

⁶⁷⁴ Le Moniteur, t. IX, p. 655

⁶⁷⁵ S. WAHNICH, L'amnistie comme pratique politique démocratique, 2005, GIP Recherche droit et justice, p. 14

⁶⁷⁶ CONDORCET, Le Moniteur, T. X, p. 206

⁶⁷⁷ Synthèse du Rapport sur les crimes imputés à Louis Capet disponible sur le site du Ministère de la justice (<http://www.justice.gouv.fr/histoire-et-patrimoine-10050/proces-historiques-10411/le-proces-de-louis-xvi-22604.html>)

encore, la loi de 1951 d'amnistie des faits constitutifs d'indignité nationale (comprendre : de collaboration) lorsque la durée de la peine n'excède pas quinze ans⁶⁷⁸. Elles sont destinées à la paix civile et à un oubli heureux. « L'amnistie est donc le moment décisif où la nation se réconcilie avec elle-même. Elle contribue à refonder l'unité nationale brisée par la lutte civile. C'est un geste volontariste. Aspirant à l'unité, la République ne saurait laisser perdurer la division »⁶⁷⁹.

B. La tradition de la loi d'amnistie de 1958 à 2002

Sous la V^e République, la loi d'amnistie se banalise. Le dispositif, auparavant utilisé dans des circonstances exceptionnellement graves, est employé pour effacer des peines mineures. L'amnistie intervient périodiquement après chaque élection présidentielle : en 1969, la loi d'amnistie efface des décisions en matière d'évasion ou de refus de séjour⁶⁸⁰, en 1974, les contraventions de police sont amnistiées⁶⁸¹ et en 1981, le pardon national est prononcé pour « les défauts de paiement de cotisations des travailleurs non-salariés des professions non agricoles, soit au titre du régime d'assurance maladie et maternité soit au titre des régimes d'assurance vieillesse »⁶⁸².

On pourrait continuer jusqu'en 2002⁶⁸³ la liste des faits mineurs qui font l'objet d'une loi d'amnistie après chaque élection présidentielle. En tout état de cause, on constate que l'amnistie n'est plus une mesure d'exception. Au XIX^e siècle, le poète désireux d'appeler à la réconciliation après la Commune pouvait dire : « Oh ! Je suis avec vous ! J'ai cette sombre joie / Ceux qu'on accable, ceux qu'on frappe et qu'on foudroie / M'attirent ; je me sens leur frère ; je défends / Terrassés ceux que j'ai combattus triomphants / Je veux, car ce qui fait la nuit sur tous m'éclaire, / Oublier leur injure, oublier leur colère »⁶⁸⁴. Il est difficile d'imaginer Victor Hugo déclamer de tels vers en 1981 pour appeler le vainqueur de l'élection présidentielle au pardon des défauts de

⁶⁷⁸ Loi n°51-18 du 5 janvier 1951 portant amnistie, instituant un régime de libération anticipée, limitant les effets de la dégradation nationale et réprimant les activités antinationales

⁶⁷⁹ S. GACON, L'amnistie, de la commune à la Guerre d'Algérie, 2002, Editions du seuil, p. 15

⁶⁸⁰ Loi n° 69-700 du 30 juin 1969 portant amnistie

⁶⁸¹ Loi n° 74-643 du 16 juillet 1974 portant amnistie

⁶⁸² Loi n° 81-736 du 4 août 1981 portant amnistie

⁶⁸³ Loi n° 2002-1062 du 6 août 2002 portant amnistie

⁶⁸⁴ « A ceux qu'on foule aux pieds », in V. HUGO, Œuvres complètes, Poésie XII, L'année terrible, 1883, J. Hetzel, A. Quantin.

paiements de cotisations sociales.

§2. L'ABANDON PROGRESSIF DES LOIS D'AMNISTIE

La tradition des lois d'amnistie se délite peu à peu, à mesure que les arguments contre l'adoption de ces lois (A) aboutissent à la limitation de leurs effets, puis à leur disparition (B).

A. La double charge contre les lois d'amnistie

La pratique d'une amnistie banalisée est accusée d'être doublement perverse. Elle repose sur un mécanisme de clientélisme (1). Elle incite aussi à transgresser les lois, puisque qu'elle leur ôte leur caractère dissuasif (2).

1. L'amnistie clientéliste

L'amnistie sous la V^e République est marquée par le clientélisme. Disposant du soubassement théorique du *Public Choice*, cette affirmation est aussi appuyée par l'observation empirique des lois d'amnistie.

Pour l'école du *Public Choice*, les lois peuvent être utilisées à des fins de satisfaction pure de l'électorat et de manière opposée à l'intérêt général. « Les déficits naissent parce que les politiciens accroissent leurs perspectives de survie politique en augmentant les dépenses et en engendrant des diminutions d'impôts »⁶⁸⁵, affirme James Buchanan. L'amnistie des contraventions de police s'inscrit dans cet échange de bons procédés, où la levée d'une contrainte récompense l'électeur. Et on pourrait en dire tout autant des autres formes d'amnisties banalisées, même si elles n'ont pas toujours d'effets sur les déficits. La tendance à la périodicité des normes clientélistes a été décrite par d'autres économistes spécialisés dans les choix publics. Pour William D. Nordhaus, la tenue périodique d'élections induit un cycle parallèle de cadeaux électoraux. Il existe un cycle des affaires politiques⁶⁸⁶, qui peut, dans le contexte français, inclure une utilisation de l'article 34 et des lois d'amnisties post-électorales.

⁶⁸⁵ J. BUCHANAN, *Public Principles of Public Debt : a Defense and Restatement*, 1999, Library of Economics and Liberty

⁶⁸⁶ W. NORDHAUS, *The political Business Cycle*, 1975, Yale University Press

Ces théories sont validées empiriquement par des études d'opinion : on y vérifie les horizons parfois clientélistes de l'amnistie. Selon un sondage de l'IFOP pour Le Parisien⁶⁸⁷, une majorité des français était, en 2002, opposés à une nouvelle loi d'amnistie pour les infractions au Code de la route. Les campagnes de sensibilisation sur la dégradation, par l'amnistie, de la sécurité routière, avaient porté leurs fruits⁶⁸⁸. Toutefois, les citoyens les plus concernés par l'amnistie de ces infractions étaient enclins à exiger la rémission de leurs fautes. La région parisienne, où étaient alors commises six contraventions sur dix⁶⁸⁹, souhaitait majoritairement l'amnistie des infractions au Code de la route⁶⁹⁰.

2. Le risque de l'aléa moral

Le risque d'une amnistie répétée est celui de l'aléa moral. Cette notion est définie par Adam Smith comme la maximisation de l'intérêt individuel sans prise en compte des conséquences défavorables de la décision sur l'utilité collective⁶⁹¹. Ici, la non application périodique de lois destinées à « punir » ou à « corriger »⁶⁹² change les anticipations rationnelles des agents. Ces derniers peuvent raisonnablement s'attendre à une amnistie de leurs comportements fautifs. Ils sont tentés d'opter pour un non-respect des règles qu'ils sont censés respecter afin de maximiser leurs utilités individuelles.

L'hypothèse a été confirmée par l'étude empirique. Nous ne disposons pas d'un

⁶⁸⁷ Le Parisien (07/07/2002), Une majorité de français opposés à l'amnistie : « Une majorité de français (63%) estime que l'amnistie des infractions au Code de la route doit être supprimée car elle peut avoir des conséquences dangereuses pour la vie d'autrui » (<http://www.leparisien.fr/societe/six-francais-sur-dix-contre-l-amnistie-07-07-2002-2003226880.php>).

⁶⁸⁸ Sur la campagne de la sécurité routière contre l'amnistie, voir <http://www.securite-routiere.org/Fiches/amnistie/amnistie.htm>

⁶⁸⁹ Alors que la région Ile de France compte 11 millions d'habitants sur 63 millions de français. Ce qui veut dire que cette région a certainement un ratio contravention par habitant plus élevé que la moyenne.

⁶⁹⁰ Le Parisien (27/11/2001), Les franciliens la verraient plutôt d'un bon œil (<http://www.leparisien.fr/une/les-franciliens-la-verraient-plutot-d-un-bon-oeil-27-11-2001-2002616586.php>)

⁶⁹¹ Didier Marteau, Limiter l'aléa moral sur les marchés de matières premières agricoles, Les Echos (04/03/2011) <http://lecercle.lesechos.fr/entreprises-marches/finance-marches/221133749/limiter-alea-moral-marches-matieres-premieres-agricole>

⁶⁹² Ces verbes précis sont utilisés par Jean Etienne Marie Portalis pour exposer les effets des lois dans son Discours préliminaire au premier Code civil : « Nous avons déterminé les divers effets de la loi. Elle permet ou elle défend ; elle ordonne, elle établit, elle corrige, elle punit ou elle récompense ».

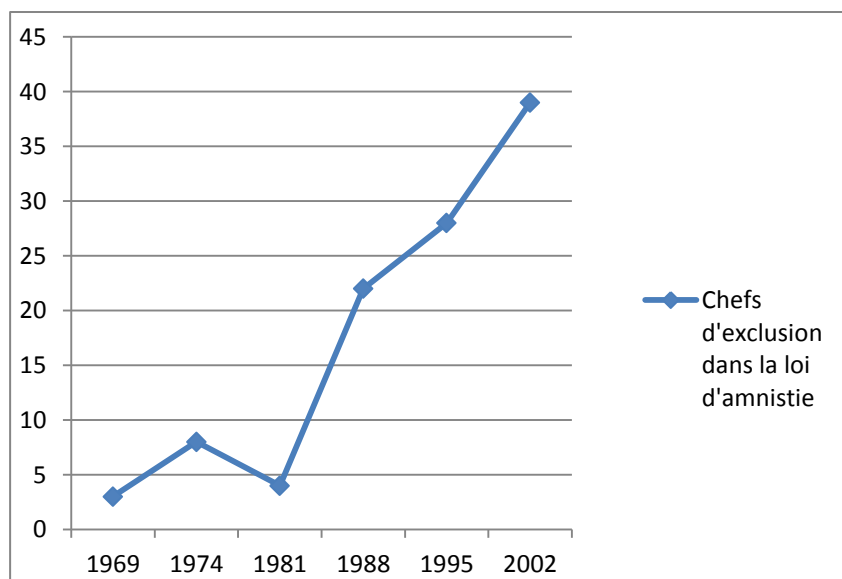
travail mesurant l'impact des lois d'amnistie sur le comportement des salariés protégés. En revanche, l'existence d'un aléa moral a été constatée sur le thème moins polémique de la sécurité routière. Plus précisément, « une association statistique entre l'annonce anticipée d'une amnistie présidentielle et une variation significative du nombre de tués sur les routes »⁶⁹³.

B. La volonté consensuelle d'en finir avec les lois d'amnisties périodiques

Pour toutes les raisons précitées, l'amnistie est devenue de plus en plus indéfendable. Cela s'est d'abord traduit par une restriction du champ des amnisties (1), puis par une volonté de ne plus amnistier de manière systématique (2).

1. le champ de l'amnistie de plus en plus restreint

Le premier signe de déconsidération de l'amnistie est la restriction de son champ. Il est aisé de constater cette restriction. L'observation des lois d'amnistie révèle que l'inflation des dispositions d'exclusion des bénéfices de l'amnistie. Voici un graphique présentant l'évolution des chefs d'exclusion dans les lois d'amnisties entre 1969 et 2002⁶⁹⁴.



⁶⁹³ INVS, Amnistie présidentielle et sécurité routière – Rapport d'un groupe d'experts, 2002 (http://www.securite-sanitaire.org/textespdf/expertiseamnistie_2002.pdf)

⁶⁹⁴ Article 24 de la Loi n° 69-700 du 30 juin 1969 portant amnistie ; Article 23 de la Loi n°74-643 du 16 juillet 1974 portant amnistie ; Loi n° 81-736 du 4 août 1981 portant amnistie ; Articles 5 et 29 de la Loi n°88-828 du 20 juillet 1988 portant amnistie ; Article 25 de la Loi n° 95-884 du 3 août 1995 portant amnistie ; Article 14 de la Loi n° 2002-1062 du 6 août 2002 portant amnistie.

Soucieux de plaire aux détracteurs comme aux partisans de l'amnistie, les titulaires du pouvoir normatif optent pour un juste milieu : une amnistie restreinte. Et à mesure que l'amnistie est plus impopulaire, les restrictions sont de plus en plus nombreuses. Ce choix est celui d'une mesure moyenne, voire « médiocre »⁶⁹⁵, qui sied au plus grand nombre et maximise les votes reçus. La restriction progressive de l'amnistie n'est qu'une adaptation de l'offre normative aux préférences de l'électeur médian⁶⁹⁶.

2. Les Présidents élus opposés à l'amnistie

Face à l'impopularité croissante de l'amnistie automatique, la volonté politique s'est faite plus forte. Elle a affiché son souhait de mettre fin à la pratique. L'alternance droite/gauche entre 2007 et 2012 n'y a rien changé. Ni le Président Sarkozy, ni le Président Hollande ne déclarent vouloir d'une amnistie postélectorale.

Lors de son élection en 2007, Nicolas Sarkozy a invoqué plusieurs arguments pour une politique d'« amnistie zéro ». La justice d'une loi inflexible dans le temps a été opposée à l'amnistie : « C'est une question de principe : il ne doit pas y avoir de différence de traitement par la puissance publique entre un délit commis en mai 2007 et un délit commis en mai 2006 ou à toute autre date ». L'amnistie a également été présentée comme contraire à la séparation des pouvoirs : « ce pouvoir présidentiel, qui interfère avec celui des magistrats, relève d'une époque révolue »⁶⁹⁷.

⁶⁹⁵ P. LEMIEUX, L'économie des défaillances de l'Etat, 2008, disponible sur <http://www.pierrelemieux.com/articles/artdefaillances.html> : « Ce théorème de l'électeur médian explique pourquoi les partis politiques tendent vers le centre, et pourquoi la démocratie préfère les solutions médiocres : éducation médiocre, système de santé médiocre, et cetera. Et notez bien que tous les électeurs à part l'électeur médian sont insatisfaits : ils préfèrent une autre politique et c'est pour limiter les dégâts qu'ils ont voté pour la moins pire de celles qui leur étaient proposées. Il semble donc que l'intérêt général défini par les urnes s'identifie soit à des politiques incohérentes et instables, soit au pouvoir de l'électeur médian. On a le choix entre la tyrannie d'une majorité instable ou la tyrannie de la minorité d'extrême-centre »

⁶⁹⁶ Le modèle de l'électeur median a été décrit par D. BLACK, On the Rationale of Group Decision-Making, Journal of Political Economy, vol. 56, No. 1 (feb. 1948), pp. 23-34

⁶⁹⁷ Le Figaro (26 mai 2007), Sarkozy met fin à la tradition de l'amnistie, (http://www.lefigaro.fr/france/20070526.FIG000001192_sarkozy_met_fin_a_la_tradition_de_l_amnistie.htm l)

La question de l'amnistie n'a pas fait débat durant l'entre-deux tours de l'élection présidentielle de 2012. Les deux candidats s'accordaient quant au refus de l'amnistie systématique. Le Président sortant affirmait qu'il appliquerait sa « jurisprudence » en la matière, tandis qu'André Vallini, chargé de la justice dans l'équipe du futur Président, déclarait : « il n'y aura pas d'amnistie »⁶⁹⁸.

II. LE RENOUVEAU DES LOIS D'AMNISTIE DANS LE DOMAINE PRECIS DES SALARIES PROTEGES

L'exécutif en place en 2013 ne souhaite pas accorder l'amnistie à la légère : les déclarations du Ministre de l'intérieur, Monsieur Manuel Valls, en témoignent⁶⁹⁹. Pour autant, une proposition de loi sénatoriale a suggéré l'amnistie des salariés licenciés lors de conflits sociaux. Ce débat n'aurait pas été soulevé sans un durcissement du climat social avec la crise économique (§1). Cette détérioration a interpellé certains représentants du peuple qui entendent lui donner une réponse dont il s'agit de distinguer les mobiles réels (§2).

§1. LE DURCISSEMENT DU CLIMAT SOCIAL AVEC LA CRISE ECONOMIQUE

La crise économique a créé un choc de demande. A terme, des emplois ont été détruits (A), créant un contexte propice à la dégradation du dialogue social (B).

A. Le retour du chômage massif

La baisse de l'activité après la crise financière de 2008 a eu un impact négatif sur

⁶⁹⁸ Le Monde (24 avril 2012), Pas d'amnistie de Sarkozy ou de Hollande le 6 mai (http://www.lemonde.fr/election-presidentielle-2012/breve/2012/04/24/pv-detenus-pas-d-amnistie-de-hollande-ou-sarkozy-le-6-mai_1690282_1471069.html)

⁶⁹⁹ Le Monde (4 mars 2013), Scepticisme de Valls sur la loi d'amnistie sociale (http://www.lemonde.fr/politique/article/2013/03/04/scepticisme-de-valls-sur-la-loi-d-amnistie-sociale_1842113_823448.html): « Je reste sceptique sur le principe de l'amnistie, a déclaré Manuel Valls sur RTL. Je crois d'abord aux exigences du dialogue social, mûr, responsable dans une démocratie. C'est ça au fond qui permet de lutter contre les dérives, qui permet de lutter pour l'emploi [...]. La colère, la violence ne sont pas possibles dans une démocratie comme la nôtre »

l'emploi.

Les taux de croissance du produit intérieur brut (PIB) ont été, depuis la fin de l'année 2008, très faibles voire négatifs en France. En France, il y a eu une récession de -2.5% du PIB en 2009, suivie d'une croissance très faible de 1.5% en 2010 et 1.7% en 2011. Le taux de croissance a ensuite diminué pour être nul en 2012⁷⁰⁰ et, sans doute, en 2013⁷⁰¹. Cela confirme un scénario de récession en double creux⁷⁰² (ou double dip) : à une première récession suit une croissance de courte durée, suivie d'un nouveau ralentissement.

La récession a été corrélée avec une augmentation du chômage. Atteignant 7.5% des actifs en février 2008, le chômage a augmenté à 8.6% en février 2009, puis 9.9% en février 2010, 9.6% en février 2011 puis 10% en février 2012⁷⁰³. Il a dépassé les 10% en 2013, ce qui n'avait pas eu lieu depuis 1999⁷⁰⁴. Cette corrélation cache un lien de causalité entre recul de l'activité et augmentation du chômage. Le résultat classique de la loi d'Okun⁷⁰⁵ peut être appliqué. Il est logiquement expliqué par divers facteurs. La baisse de l'activité est allée de pair avec une insuffisance de demande anticipée de biens et de services. En surproduction, les entreprises ont dû limiter la production et donc l'emploi. Parallèlement, fautes de débouchés, d'autres entreprises ont connu la faillite⁷⁰⁶, détruisant des emplois. Ces nouveaux chômeurs ont, avec la restriction des offres d'emploi, beaucoup

⁷⁰⁰ Chiffres de l'Institut national de la statistique et de l'étude économique. Disponibles sur : <http://www.insee.fr/fr/themes/indicateur.asp?id=26>

⁷⁰¹ Boursier.com (7 mars 2013) La BCE révisé ses perspectives de croissance (<http://www.boursier.com/actualites/economie/la-bce-revise-ses-perspectives-de-croissance-2013-et-2014-en-baisse-18918.html>)

⁷⁰² The Guardian (15 novembre 2012), Double-dip recession confirmed in eurozone

⁷⁰³ Chiffres Eurostat (outil statistique de la Commission européenne) (http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/employment_unemployment_lfs/data/main_tables)

⁷⁰⁴ Le Figaro (7 mars 2013), Le taux de chômage s'envole à plus de 10% en France, (<http://www.lefigaro.fr/emploi/2013/03/07/09005-20130307ARTFIG00384-le-taux-de-chomage-passe-la-barre-des-10.php>)

⁷⁰⁵ $u_t - u_{t-1} = -\beta(g_{yt} - \bar{g}_y)$. La variation du taux de chômage dépend de la différence entre l'écart du taux de croissance de la production par rapport au taux de croissance potentielle. Le tout multiplié par un coefficient d'Okun (β) qui mesure l'impact sur le taux de chômage sur une déviation de la croissance du PIB par rapport à la normale. Plus β est élevé, plus le taux de chômage est élevé.

⁷⁰⁶ Les Echos (11 avril 2012), le nombre de défaillances de « grosses » PME est en forte hausse depuis le début de l'année. L'article dégage que les défaillances de PME sont en hausse de 50% cette année, et qu'il y a 13 000 procédures de redressement selon la société Altarès.

de peine à sortir du chômage. Par exemple, les emplois détruits dans l'industrie ne sont plus compensés par des emplois créés dans les services. Entre 2003 et 2007, un million d'emplois ont été créés dans le secteur des services. Cela a été suffisant pour absorber les emplois perdus de l'industrie. Toutefois, le secteur des services n'a créé que 180 000 emplois durant la période 2007-2011⁷⁰⁷. Tous ces facteurs contribuent à expliquer cette hausse notable du chômage. Elle n'est pas sans effet sur le comportement moyen des salariés protégés et, au bout du compte, sur le contrôle de leur licenciement.

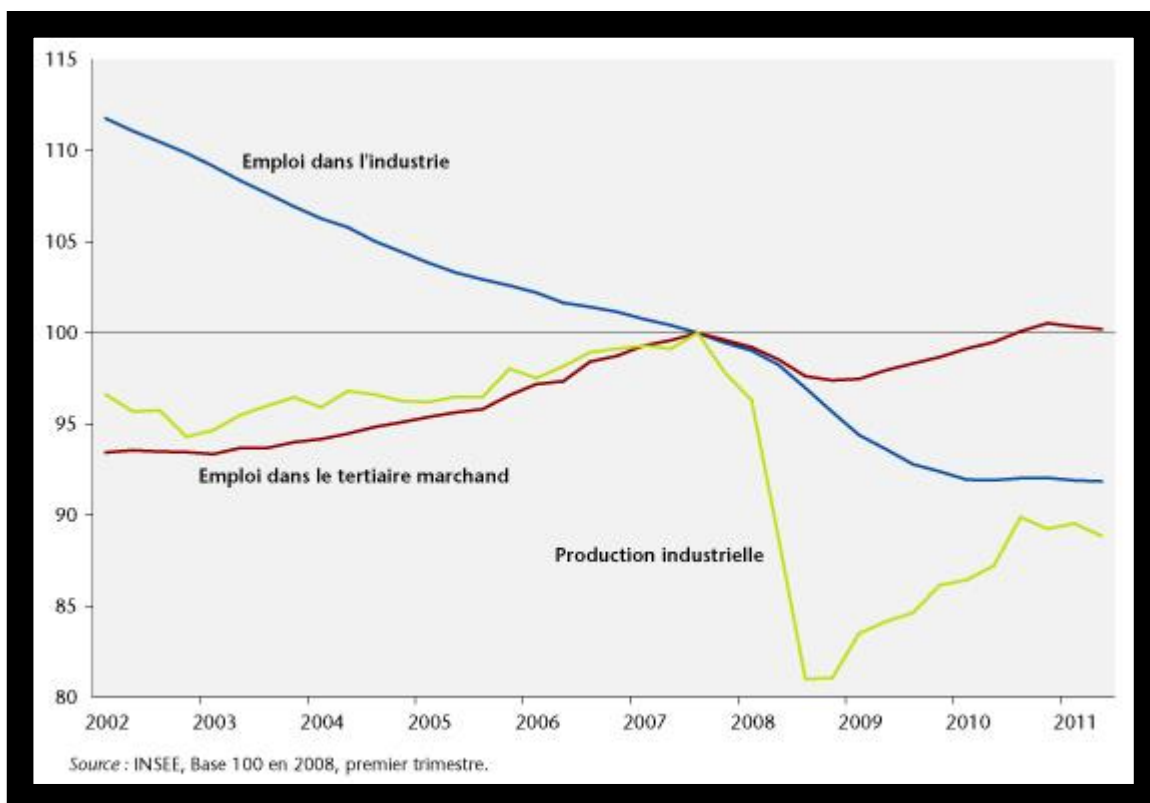


Figure 6- Dynamiques de l'emploi manufacturier et dans les services marchands, 2002-2011⁷⁰⁸

B. Le dialogue social davantage sur le mode du conflit

Le contexte de chômage induit des tensions. Le dialogue social gagne en conflictualité. Les actions menées sont de plus en plus violentes : dégradation de la sous-préfecture de Compiègne par les ouvriers de l'usine de pneumatiques Continental de Clairoix, câbles sectionnés à l'usine Peugeot-Citroën d'Aulnay, destruction du bureau du

⁷⁰⁷ S. GUILLOU et L. NESTA, La réindustrialisation ou le retour de l'âge du « faire », 2012, OFCE, <http://www.ofce.sciences-po.fr/blog/?p=2307>

⁷⁰⁸ Idem

directeur de l'usine de Florange, séquestration du directeur d'une usine Caterpillar, à Grenoble⁷⁰⁹... Le désespoir explique sans doute cette escalade.

John Steinbeck avait relié la misère à la rage⁷¹⁰, décrivant des chômeurs remplis d'une fureur dévastatrice. Dans *Les raisins de la colère*, la proximité entre hunger (la faim) et anger (la colère) est détonante⁷¹¹ et les chômeurs sont prêts à tout, car leur indigence les rend imperméables à la peur⁷¹².

Dans ce processus, les salariés protégés sont particulièrement exposés. Ils sont à la pointe du mouvement de contestation de la réduction du facteur travail. Ils doivent justifier auprès de leurs collègues de leur statut privilégié d'*insiders*⁷¹³, ce qui les incite d'autant plus à agir de façon brutale pour soutenir leurs revendications. Il s'ensuit une hausse des actes susceptibles de motiver un licenciement et une pression au licenciement du salarié protégé pour motif disciplinaire.

§2. LE RECOURS A UNE LOI D'AMNISTIE COMME REPONSE AUX TROUBLES SOCIAUX (ET ELECTORAUX ?)

Les tensions sociales ont été accompagnées d'actes violents qui ont justifiés des licenciements qui concernent parfois les salariés protégés. Certains groupes parlementaires proposent l'amnistie pour apaiser les conflits (A). Il serait envisageable que cette proposition ait des visées électoralistes qui délaisseraient l'intérêt général attaché au

⁷⁰⁹ Le Figaro (28 février 2013), Conti, PSA, Caterpillar : les dérapages se sont multipliés. (<http://www.lefigaro.fr/societes/2013/02/28/20005-20130228ARTFIG00680-conti-psa-caterpillar-les-derapages-se-sont-multiplient.php>).

⁷¹⁰ Analyse faite par M.-C. LEMARDELEY-CUNCI, Commentaire des Raisins de la colère, 1998, Foliothèque, pp. 96-94

⁷¹¹ J. STEINBECK, *Les raisins de la colère*, Folio, p. 399 : « Les grandes compagnies ne savaient pas que le fil est mince qui sépare la faim de la colère ». En anglais (où le jeu de mot apparaît) : « The great companies did not know that the line between hunger and anger is a thin line »

⁷¹² Idem, p. 333 : « Comment faire peur à un homme quand son ventre crie famine, quand la faim tord les entrailles de ses petits ? Rien ne peut plus lui faire peur – il a connu la pire des peurs ».

⁷¹³ A. LINDBECK et D. J. SNOWER, *The Insider-Outsider Theory of Employment and Unemployment*, 1989 Cambridge, pp. 5 à 31. Comme nous l'avons dit, Le modèle insiders-outsiders de Lindbeck et Snower, montre que les insiders tels que les salariés protégés tendent à être plus enclins aux échanges avec la firme car ils sont plus introduits dans sa structure.

respect des lois (B).

A. Le discours des partisans de l'amnistie des syndicalistes

Deux axes de défense du texte sont mis en avant. L'amnistie est une tradition qui apaise les sensibilités meurtries (1). De plus, la proposition de loi d'amnistie est juste car elle est retreinte dans son champ (2).

1. Le pouvoir apaisant d'une tradition

Les chantres de l'amnistie des syndicalistes s'appuient sur une légitimation traditionnelle⁷¹⁴. Ainsi, Madame Eliane Assassi, rapporteur du texte au Sénat, exprime son attachement à « une tradition vénérable qui remonte à l'Athènes du Ve siècle avant notre ère. En France, sous leur forme de lois d'oubli et d'apaisement votées par le parlement, elles existent depuis les lois constitutionnelles de 1875 »⁷¹⁵. Madame Esther Benbassa, attachée au groupe Europe Ecologie-Les Verts au Sénat, aborde le sujet de la même manière – elle voit dans l'ancienneté de l'amnistie un gage de légitimité : « tradition pluriséculaire, dont on retrouve des traces dès l'Antiquité, l'amnistie apaise, pacifie », et cite avec tendresse « ce décret de 1791 »⁷¹⁶. Sur le même mode, la tribune des sénateurs du groupe communiste, républicain et citoyen du Sénat⁷¹⁷ déplore que « jusqu'en 2002, à

⁷¹⁴ Catégorie de la légitimité traditionnelle, chère à Max Weber, in M. WEBER, *Economie et Société*, 1921, Agora

⁷¹⁵ Amnistie des faits commis à l'occasion des mouvements sociaux, examen du rapport et du texte de la commission. La commission examine le rapport et le texte qu'elle propose pour la proposition de loi n° 169 (2012-2013), présentée par Mmes Annie David, Eliane Assassi et plusieurs de ses collègues, portant amnistie des faits commis à l'occasion de mouvements sociaux et d'activités syndicales et revendicatives. La présentation du rapport est faite par Mme Eliane Assassi (http://www.nossenateurs.fr/seance/8951#inter_177e6bd2ef00e2f2295d9e954012ef36)

⁷¹⁶ Déclaration du 27 février 2013 d'E. BENBASSA (Europe Ecologie-Les Verts) en séance sur la proposition de loi portant amnistie des faits commis à l'occasion de mouvements sociaux et d'activités syndicales et revendicatives (<http://estherbenbassa.eelv.fr/mon-intervention-en-seance-sur-la-proposition-de-loi-portant-amnistie-des-faits-commis-a-l'occasion-de-mouvements-sociaux-et-d'activites-syndicales-et-revendicatives-27-fevrier-2013/>)

⁷¹⁷ L'Humanité (25 février 2013), Au Sénat et à l'Assemblée, l'amnistie doit être votée par toute la gauche !, appel signé par Éliane ASSASSI, Marie-France BEAUFILS, Michel BILLOUT, Éric BOCQUET, Laurence COHEN, Cécile CUKIERMAN, Annie DAVID, Michelle DEMESSINE, Évelyne DIDIER, Christian FAVIER, Guy FISCHER,

chaque élection présidentielle, une loi d'amnistie était présentée au Parlement. Sans aucun débat, Nicolas Sarkozy a mis fin à cette tradition républicaine ».

Passé l'évocation obligée du caractère traditionnel de l'amnistie (ira-t-on jusqu'à rappeler qu'il existait un législateur à Athènes avant le vote de chaque loi ?), il convient de déclarer que l'amnistie des syndicalistes rassérènera des esprits échaudés. Entre 2007 et 2012, les acteurs du dialogue social ont été mis au silence par la répression injuste de leur expression syndicale : « [le] travail de casse sociale a été accompagné par une politique visant à criminaliser l'action syndicale. Sous tout le quinquennat de Nicolas Sarkozy, de nombreux syndicalistes ont été attaqués pénalement du fait directement de leurs actions et engagements syndicaux. Trop de sanctions injustes ont été infligées qui ne visaient qu'à éteindre toute velléité de contestation. Et c'est parfois le simple affichage ou la distribution de tracts qui donnent lieu à des menaces ou assignations judiciaires ! »⁷¹⁸.

Selon le Front de Gauche, la société divisée doit être rassemblée par l'amnistie. Madame Benbassa proclame que l'amnistie « autorise, prescrit même l'oubli, qui réconcilie. Elle se présente périodiquement comme le moyen d'assurer la cohésion d'une société parcourue de tensions, et comme l'expression ultime d'une aspiration commune à cette cohésion »⁷¹⁹. Le groupe socialiste au Sénat use de termes similaires pour évoquer l'intervention de Madame Virginie Klès sur ladite loi : « loi d'amnistie syndicale : la majorité sénatoriale rassemblée pour un signal d'apaisement social »⁷²⁰. Pour la pétition proposée par le Front de Gauche pour l'amnistie des syndicalistes, la réconciliation marquera la fin d'un pouvoir clivant, « désireux imposer par la force la vision d'une société divisée, du chacun pour soi, où seules les logiques de l'argent dominant ». Ce pouvoir malfaisant est balayé par le « changement [qui] implique le retour au respect et au

Thierry FOUCAUD, Brigitte GONTHIER-MAURIN, Pierre LAURENT, Gérard LE CAM, Michel LE SCOUARNEC, Isabelle PASQUET, Mireille SCHURCH, Paul VERGES, Dominique WATRIN.

⁷¹⁸ Tiré d'une pétition proposée par le Front de Gauche le 26 septembre 2012 disponible sur : <http://puy-de-dome.pcf.fr/Monsieur-le-President-il-faut.html>

⁷¹⁹ Déclaration précitée du 27 février 2013 d'E. BENBASSA (Europe Ecologie-Les Verts) en séance sur la proposition de loi portant amnistie des faits commis à l'occasion de mouvements sociaux et d'activités syndicales et revendicatives

⁷²⁰ Communiqué de presse des sénateurs socialistes du 27 février 2013, Loi d'amnistie sociale : la majorité sénatoriale rassemblée pour un signal d'apaisement social (<http://www.senateurs-socialistes.fr/Le-Groupe/Les-communiques-de-presse/Les-communiques-du-groupe/Loi-d-amnistie-syndicale-la-majorite-senatoriale-rassemblee-pour-un-signal-d-apaisement-social>)

dialogue »⁷²¹.

2. Le compromis d'une amnistie restreinte

Pour garantir l'acceptabilité de l'amnistie des syndicalistes, ses promoteurs font l'éloge de sa parcimonie. La proposition de loi d'amnistie portant amnistie des faits commis à l'occasion de mouvements sociaux et d'activités syndicales et revendicatives est bornée avec précision. Elle n'excuse pas tous les débordements. Cette restriction du champ de l'amnistie est un argument classique⁷²² en faveur de l'amnistie. Les partis d'extrême-gauche sont souhaité toutefois une restriction moins forte que celle finalement décidée : ils ont prôné une amnistie susceptible de s'appliquer à un plus grand nombre de faits commis à l'occasion de mouvements sociaux et d'activités syndicales et revendicatives.

Durant les débats au Sénat, la proposition de loi a été bien amendée dans le sens d'une restriction de son champ. L'amendement n°2⁷²³ qui étendait le champ temporel de l'amnistie a été rejeté, bien que le rapporteur du texte s'y soit opposé⁷²⁴. Toutefois, l'amendement n°15 bis qui limite l'amnistie aux infractions d'atteinte aux biens passibles de cinq ans d'emprisonnement au plus, au lieu de dix, est adopté. Tout comme l'amendement n° 19 rectifié bis qui exclut du bénéfice de l'amnistie certaines

⁷²¹ Copie de la pétition (précitée) proposée par le Front de Gauche le 26 septembre 2012

⁷²² Voir p. 222

⁷²³ Compte rendu analytique officiel des débats du 27 février 2013 au Sénat autour de la loi proposition de loi portant amnistie des faits commis à l'occasion de mouvements sociaux et d'activités syndicales et revendicatives : « M. Jean-Étienne Antoinette . - Le champ temporel de l'amnistie est fixé aux faits commis avant le 6 mai 2012. Si cette date représente un espoir pour beaucoup de Français, les actes revendicatifs se sont poursuivis, en particulier en outre-mer, qui est un grand oublié. J'en veux pour preuve ce qui s'est passé en Guyane et tout récemment à l'île de La Réunion. On évoque la date du 1er septembre 2008 pour le départ de l'amnistie, comme si la crise bancaire était un point de départ. Ce n'est nullement le cas en outre-mer : 55 % des foyers disposent de revenus annuels inférieurs à 9 400 euros, contre 25 % en métropole, le chômage y oscille entre 25 et 30 %, contre 8 à 10 % en métropole. Je propose la date du 1er janvier 2007, année d'importants conflits sociaux, notamment à EDF. Le principe d'adaptabilité posé par l'article 73 de la Constitution nous incite à le faire. ». (http://www.senat.fr/cra/s20130227/s20130227_3.html#par_18)

⁷²⁴ Idem, « Mme Éliane Assassi, rapporteure. - La période, pour moi, est trop restreinte. La crise dure et durera encore. L'amnistie devrait se poursuivre. »

déprédations⁷²⁵ - malgré les nouvelles protestations du rapporteur⁷²⁶. Ou encore, l'amendement n° 21 prive de droit à réintégration l'intéressé lorsqu'il a été exclu de l'établissement à la suite de violences. Un grand nombre d'amendements suit cette logique de restriction.

Au total, un compromis a été trouvé pour ménager les partisans comme les détracteurs de la loi d'amnistie. Le garde des sceaux s'en est satisfait : « Nous suivrons le débat avec grande attention et serons probablement amenés à nous en remettre à la sagesse de votre assemblée. En cas d'adoption de ce texte, je diffuserai une circulaire d'application, que nous travaillerons avec vous pour ne pas dénaturer l'intention du législateur. Le Gouvernement salue le courage du Sénat, de l'auteure et de la rapporteure de ce texte et de tous ceux qui ont contribué à l'améliorer. Il s'agit, ici, de faire œuvre de justice »⁷²⁷. Seuls des acteurs extérieurs aux assemblées, tel Monsieur Jean-Luc Mélenchon, déplorent une trop faible étendue du champ de l'amnistie : « il faut obtenir la réintégration des condamnés pour avoir secouru des enfants sans papier ou bien les faucheurs d'OGM ou les délits imputés aux paysans en lutte »⁷²⁸.

B. La possibilité d'une utilisation électorale de l'amnistie des salariés protégés

L'amnistie des syndicalistes peut être une mesure destinée aux syndicats, pour garantir leur loyauté dans une période de troubles. Cette hypothèse semble d'autant plus plausible que les arguments avancés par les défenseurs de cette amnistie sont inopérants.

Il n'y a pas de nécessité d'amnistier ces peines plutôt que d'autres pour obtenir l'apaisement voulu. Les faits fautifs commis lors de mouvements sociaux ou d'activités revendicatives ne sont pas une blessure comparable à la commune de Paris ou la

⁷²⁵ Idem, « Après l'article 1^{er}, insérer un article additionnel ainsi rédigé : Sont exclues du bénéfice de l'amnistie prévue par la présente loi les dégradations volontaires ayant pour conséquence de nuire au bon déroulement de travaux scientifiques ou de recherche. »

⁷²⁶ « Mme Éliane Assassi, rapporteure. - À mon sens, cet amendement réduit trop le champ des infractions visée »

⁷²⁷ Compte rendu analytique officiel des débats du 27 février 2013 au Sénat autour de la loi proposition de loi portant amnistie des faits commis à l'occasion de mouvements sociaux et d'activités syndicales et revendicatives.

⁷²⁸ J.-L. MELENCHON, Pas d'amnistie rabougrie !, 1^{er} mars 2013. (<http://www.jean-luc-melenchon.fr/2013/03/01/pas-damnistie-rabougrie/>)

collaboration pendant la seconde guerre mondiale. On pouvait promouvoir l'oubli pour les seconds évènements, mais il est impossible de le faire pour les premiers. Rien ne distingue l'amnistie discutée en 2013 des amnisties post-électorales tant fustigées sous la Ve République.

A court de bonnes raisons pour appuyer l'amnistie des syndicalistes, les parlementaires favorables au texte découvrent des traditions susceptibles de le légitimer. L'amnistie devient une grande tradition républicaine. On lui donne pour point de départ la loi d'amnistie de 1791, qui est en réalité octroyée à la demande du Roi et n'est pas respectée par souci révolutionnaire. Il est donc donné de voir une incapacité à soutenir une amnistie indéfendable.

SECTION II. LE MECANISME REDEMPTEUR DE LA LOI D'AMNISTIE

Les débats autour de l'amnistie des syndicalistes sont d'une actualité brûlante au moment de la rédaction de cette thèse. Pour poursuivre notre réflexion sur le contrôle du licenciement du salarié protégé, nous devons nous intéresser aux conséquences juridiques de l'amnistie. Lorsqu'il a été décidé de l'opportunité d'une amnistie, comment la mettre en œuvre ? On identifie deux phases, l'une législative, l'autre juridictionnelle et administrative. Un cadre doit être défini pour l'amnistie (I). Ce n'est qu'après que la loi d'amnistie pourra être appliquée, avec le concours de l'administration et du juge (II)

I. LE CADRE DE L'AMNISTIE

L'amnistie des salariés protégés demande d'abord un grand travail de légistique. Il faut borner l'amnistie, définir les faits qui pourront être amnistiés (§1). Dans un deuxième temps, le législateur doit fixer les conséquences de l'amnistie des salariés protégés, surtout en ce qui concerne le droit à réintégration (§2)

§1. LA DEFINITION DU CHAMP DE L'AMNISTIE

Définir le champ de l'amnistie demande trois opérations. Les deux premières sont moins techniques et soulèvent moins de débats : les définitions *ratione temporis* et *ratione loci* de l'amnistie sont rarement complexes (A). On ne peut pas en dire autant de la définition *ratione materiae* de l'amnistie, qui demeure un sujet brûlant et technique (B).

A. La définition subsidiaire de définition *ratione temporis* et *loci* de l'amnistie

Lors de l'élaboration d'une loi d'amnistie concernant les salariés protégés, le législateur doit d'abord définir le champ d'application *ratione temporis* et *loci* de la loi. Cette précision soulève deux débats d'une importance moindre : savoir si l'amnistie est applicable dans certains territoires d'outre-mer (1), et déterminer les dates des faits amnistiés (2).

1. L'amnistie systématiquement appliquée en métropole et dans l'outre-mer

La définition du champ d'application *ratione loci* de la loi d'amnistie des syndicalistes appelle quelques précisions de la part du législateur. La loi sera nécessairement appliquée en Métropole, en vertu de son principe de généralité⁷²⁹ qui exige qu'elle soit identique en tout point de l'hexagone.

Toutefois, il reste à savoir si l'amnistie des sanctions disciplinaires et professionnelles est applicable à l'outre-mer, où le régime juridique de la loi est différent de la métropole. Le principe d'assimilation législative⁷³⁰ est la règle applicable aux départements et régions d'outre-mer. Les lois et les règlements y sont applicables de plein droit, mais peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités. Pour les collectivités d'outre-mer⁷³¹, c'est le principe de spécialité législative qui prévaut. Les lois et règlements n'y sont applicables que sur mention expresse du texte en cause⁷³².

Les principes d'assimilation et de spécialité législative ont vocation à interroger l'amnistie des salariés protégés. Ils appellent à préciser dans quelles conditions la loi d'amnistie s'applique, voire si elle a vocation à être appliquée dans l'outre-mer.

En pratique, la question n'a pas posé de difficultés pour l'instant. Les différentes législatures ayant préparé une loi d'amnistie de salariés protégés ont toujours étendu son champ *ratio ratione loci* à l'ensemble du territoire français, outre-mer compris. Ce fut le cas après les élections de 1965⁷³³, 1969⁷³⁴, 1974⁷³⁵, 1981⁷³⁶, 1988⁷³⁷, 1995⁷³⁸ et 2002⁷³⁹. Le

⁷²⁹ La loi dispose de manière générale pour tous les points du territoire. C'est le sens de la formule générale employée par l'article 34 de la Constitution : « La loi fixe les règles concernant... ».

⁷³⁰ Article 73 de la Constitution

⁷³¹ Ce principe concerne les collectivités régies par l'article 74 de la Constitution, qui concerne la Polynésie française, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon, îles Wallis et Futuna et la Nouvelle-Calédonie régie par le Titre XIII de la Constitution

⁷³² Legifrance, Guide de légistique, Point 3.6.1. Principales règles relatives aux collectivités d'outre-mer (<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique/III.-Redaction-des-textes/3.6.-Application-et-applicabilite-des-textes-outre-mer/3.6.1.-Principales-regles-relatives-aux-collectivites-d-outre-mer>)

⁷³³ Article 33 de la loi n°66-409 du 18 juin 1966 portant amnistie

⁷³⁴ Article 25 de la loi n°69-700 du 30 juin 1969 portant amnistie

⁷³⁵ Article 26 de la loi n°74-643 du 16 juillet 1974 portant amnistie

⁷³⁶ Article 32 de la loi n°81-736 du 4 août 1981 portant amnistie

législateur ne considère donc pas vraiment le champ *ratione loci* de l'amnistie comme un dilemme épineux. L'amnistie est toujours étendue sur tous les points du territoire, afin de maximiser la protection du salarié titulaire d'un mandat représentatif.

2. L'amnistie datée à la prise de pouvoir du Président nouvellement élu

Contenues dans les lois d'amnistie, les dispositions relatives aux salariés protégés ont un effet daté dans le temps. Si la loi d'amnistie n'avait pas d'effet temporel limité et pouvait disposer pour l'avenir, elle aurait pour effet d'abroger des lois pénales.

En ce qui concerne les salariés protégés, la détermination de la date d'application de la loi d'amnistie n'est pas brûlante. Les lois d'amnisties post-électorales comportent toujours un titre liminaire ou un article 1^{er} qui fixe leur période d'application. C'est le cas pour les lois de 1966⁷⁴⁰, 1969⁷⁴¹, 1974⁷⁴², 1981⁷⁴³, 1988⁷⁴⁴, 1995⁷⁴⁵ et 2002⁷⁴⁶. On constate que les faits sont amnistiés à peu près jusqu'à la date de prise de fonctions du nouveau Président. Ainsi, Georges Pompidou débute son mandat le 20 juin 1969, date butoir de l'amnistie de la loi n°69-700 du 30 juin 1969. La détermination du champ temporel de la loi d'amnistie des salariés protégés est affaire de tradition post-électorale.

B. Le débat décisif de la définition ratione materiae

Ratione materiae, l'amnistie du salarié protégé ne peut être dirigée que vers des licenciements de salariés protégés pour motif disciplinaire (1). Elle est aussi sujette à des exclusions, car certains faits sont exclus de l'amnistie, ce qui donne toujours lieu à des

⁷³⁷ Article 34 de la loi n°88-828 du 20 juillet 1988 portant amnistie

⁷³⁸ Article 28 de la loi n°95-884 du 3 août 1995 portant amnistie

⁷³⁹ Article 24 de la loi n° 2002-1062 du 6 août 2002 portant amnistie

⁷⁴⁰ Art. 1er (Champ d'application de l'amnistie de droit : infractions commises avant le 8 janvier 1966) de la loi n°66-409 du 18 juin 1966 portant amnistie

⁷⁴¹ Art. 1er (Champ d'application de l'amnistie de droit : infractions commises avant le 20 juin 1969) de la loi n°69-700 du 30 juin 1969 portant amnistie

⁷⁴² Loi n°74-643 du 16 juillet 1974 portant amnistie (infractions commises avant le 27 mai 1974)

⁷⁴³ Loi n°81-736 du 4 août 1981 portant amnistie (infractions commises avant le 22 mai 1981)

⁷⁴⁴ Loi n°88-828 du 20 juillet 1988 portant amnistie (infractions commises avant le 22 mai 1988)

⁷⁴⁵ Loi n°95-884 du 3 août 1995 portant amnistie (infractions commises avant le 18 mai 1995)

⁷⁴⁶ Article 1^{er} (Champ d'application de l'amnistie de droit : infractions commises avant le 17 mai 2002) Loi n°2002-1062 du 6 août 2002 portant amnistie

discussions relevées (2)

1. L'amnistie réservée au licenciement du salarié protégé pour motif disciplinaire

L'amnistie des salariés protégés ne concerne que des faits ayant provoqué une sanction. Elle n'a d'effet, sur le plan *ratione materiae*, que sur des licenciements de salariés protégés. Le juge est très clair sur ce point : les licenciements fondés sur un motif non disciplinaire sont exclus du bénéfice de l'amnistie. Un licenciement pour insuffisance professionnelle n'est pas susceptible d'entrer dans le champ d'une loi d'amnistie⁷⁴⁷ : une Cour d'appel ne peut, sans commettre d'erreur de droit, regarder une procédure de licenciement pour insuffisance comme viciée au motif que les faits sont amnistiés par l'effet d'une loi⁷⁴⁸.

Une solution identique est appliquée pour le licenciement pour perte de confiance. Dès lors qu'il ressort « des termes de la loi⁷⁴⁹ que l'amnistie n'est applicable qu'à des faits ou fautes ayant servi de fondement ou pouvant donner lieu à une sanction », cette loi ne s'applique pas à un salarié protégé licencié pour perte de confiance⁷⁵⁰. Et il en est de même pour un salarié licencié pour motif économique⁷⁵¹.

Le bénéfice de l'amnistie pour des licenciements autres que disciplinaires a été refusé, dans le cadre d'affaires impliquant des salariés non protégés. Par exemple, le licenciement pour absences répétées pour cause de maladie ayant perturbé le fonctionnement de l'entreprise n'est pas inclus dans le champ de la loi d'amnistie⁷⁵².

2. L'exclusion de certains faits fautifs du bénéfice de l'amnistie

La loi d'amnistie des salariés protégés est un art de l'exclusion : elle impose de définir les faits qui ne seront pas amnistiés. Les chefs d'exclusion ont notablement évolué. Le triptyque de l'amnistie non accordée pour les manquements à l'honneur, à la probité ou

⁷⁴⁷ CE, 29 décembre 1995, Crédit commercial de France, req. n°153452

⁷⁴⁸ CE, 7 janvier 1991, Chambre du commerce et de l'industrie de Digne et des Alpes de Haute Provence, req. n°122191

⁷⁴⁹ En l'occurrence, la loi n°88-828 du 20 juillet 1988 portant amnistie

⁷⁵⁰ CE, 6/2 SSR, S.A. Compagnie française du thermalisme, req. n°105765

⁷⁵¹ CE, 27 juin 2001, SARL Les Cableries, req. n°202701

⁷⁵² Cass. Soc., 17 février 1999, req. n°97-40511

aux bonnes mœurs a vécu (a). Il laisse place, du moins dans la proposition de loi d'amnistie de novembre 2012, à une exclusion maladroite de la faute (b).

a. Le triptyque révolu du manquement à la probité, à l'honneur ou aux bonnes mœurs

Les notions de probité, d'honneur ou de bonnes mœurs sont des créations jurisprudentielles. Elles n'ont pas été définies par le législateur. Lors de l'application de la loi d'amnistie de 2002⁷⁵³, la direction générale du travail a dû effectuer un travail de synthèse⁷⁵⁴ pour définir ces notions. L'enjeu était de comprendre leur sens réel pour appliquer correctement la loi d'amnistie. Il ressort que les termes « probité » (i), « honneur » (ii) et « bonnes mœurs » (iii) sont d'une grande plasticité (iv)

i. La notion de probité

Pour Corneille, la probité recoupe « tout ce qui fait un grand homme de bien »⁷⁵⁵. Elle se manifeste par l'exacte régularité à remplir tous les devoirs de la vie civile⁷⁵⁶. Au sens juridique, cette notion est beaucoup plus restreinte. Elle comporte surtout « les atteintes frauduleuses aux biens »⁷⁵⁷.

Ce sens réduit de la probité a été confirmé par le juge administratif, pour qui un détournement de cotisations syndicales constitue un manquement à la probité susceptible d'exclure le salarié protégé du bénéfice de l'amnistie⁷⁵⁸. Il qualifie aussi d'atteinte à la probité l'utilisation à des fins personnelles des heures de délégation⁷⁵⁹ ou du temps passé en congé maladie⁷⁶⁰.

Les soustractions frauduleuses de biens ont aussi un caractère d'atteinte à la

⁷⁵³ Loi n° 2002-1062 du 6 août 2002 portant amnistie

⁷⁵⁴ Circulaire DRT no 2002-17 du 16 septembre 2002 relative à l'application de la loi no 2002-1062 du 6 août 2002 portant amnistie

⁷⁵⁵ Corneille, Othon, Acte II, Scène 4

⁷⁵⁶ Dictionnaire Littré en ligne (<http://littrereverso.net/dictionnaire-francais/>)

⁷⁵⁷ Circulaire DRT no 2002-17 du 16 septembre 2002 relative à l'application de la loi no 2002-1062 du 6 août 2002 portant amnistie, point 2.3.4

⁷⁵⁸ CE, 25 avril 1984, Legoff, req. n°39515

⁷⁵⁹ CE, 7 mars 1994, Dargniat, req. n°116932

⁷⁶⁰ CE, 22 juillet 1992, Edegdag, req. n°121082

probité. Les illustrations jurisprudentielles du lien entre vol et atteinte à la probité sont variées. On trouve par exemple le cas de l'employé du Crédit Lyonnais qui retire des fonds sur le compte d'une cliente pour lequel il ne détenait pas de procuration en imitant sa signature⁷⁶¹. Ou encore, l'histoire de ce salarié protégé qui soustrait des cigarettes dans une manufacture de tabac pour les revendre via un tiers⁷⁶².

Le juge judiciaire donne le même sens à la probité - celui de la capacité à respecter les biens. Manquent donc à la probité des ouvriers qui utilisent le matériel et les véhicules de l'entreprise pour construire, à l'insu de leur employeur, trois pavillons en vue de les revendre⁷⁶³.

ii. La notion d'honneur

Au sens de la direction générale du travail, « la notion d'atteinte à l'honneur est généralement utilisée en jurisprudence pour qualifier les actes attentatoires à l'intimité de la vie privée, la violation du secret professionnel ou l'atteinte à la liberté du travail »⁷⁶⁴. Dès lors que le salarié a détourné et communiqué à des tiers des documents commerciaux et sociaux internes à l'entreprise qu'il avait au préalable photocopié, il a commis une atteinte à l'honneur et ne peut invoquer le bénéfice de l'amnistie⁷⁶⁵. Les mêmes sanctions frappent celui qui a molesté un salarié non gréviste lors d'un conflit collectif⁷⁶⁶ ou celui qui a diffamé son employeur⁷⁶⁷.

Cette notion d'atteinte à l'honneur peut avoir un sens particulièrement éloigné de celui qui lui a été donné originellement. L'honneur devient alors la vertu de l'employé qui travaille de manière professionnelle. L'atteinte à l'honneur a été retenue pour un salarié protégé absentéiste⁷⁶⁸, ou qui s'est comporté de manière manifestement incompatible avec son métier. N'a pas respecté ce « droit comportement » le salarié protégé moniteur

⁷⁶¹ CE, 11 juin 1990, SA Crédit Lyonnais, req. n°92991

⁷⁶² CE, 22 janvier 1996, SEITA, req. n°139014

⁷⁶³ Cass. Soc., 12 décembre 1983, req. n°81-42100

⁷⁶⁴ Circulaire DRT no 2002-17 du 16 septembre 2002 relative à l'application de la loi no 2002-1062 du 6 août 2002 portant amnistie

⁷⁶⁵ CE, 18 novembre 1996, Société COMEPA, req. n°161910

⁷⁶⁶ CE, 16 mars 1990, Société Comatec, req. n°98054

⁷⁶⁷ CE, 16 octobre 1985, Le Goff, req. n°42914

⁷⁶⁸ Solution partagée par les ordres judiciaires et administratifs. Cass. Soc., 18 juin 1997, req. n°94-43348 ; CE, 26 janvier 2007, Chabé Limousines, req. n° 278081

éducateur qui a « entretenu des relations ambiguës avec des résidentes du centre d'hébergement et de réadaptation sociale de Charleville-Mézières destiné à accueillir pour quelques mois des personnes connaissant des difficultés d'insertion professionnelle, qui s'exprimait de façon grossière et grivoise, et était constamment empreint de laisser-aller et de provocation envers les résidentes du centre d'hébergement »⁷⁶⁹.

iii. La notion (presque inexistante) de bonnes mœurs

La notion d'atteinte aux bonnes mœurs est moins usitée en jurisprudence. Pour des auteurs comme Y. STRUILLOU et H. ROSE⁷⁷⁰, elle recoupe le harcèlement sexuel⁷⁷¹ et les agressions sexuelles en général. Ces faits ne sont pourtant pas absents de l'entreprise. Comment justifier alors le peu de jurisprudences sur l'impossibilité d'un salarié protégé d'obtenir le bénéfice de l'amnistie du fait d'un manquement aux bonnes mœurs ? Il semble que la notion d'atteinte aux bonnes mœurs soit phagocytée⁷⁷² par celle de l'atteinte à l'honneur. Ainsi, dans l'affaire décrite ci-dessus⁷⁷³ où un éducateur avait un comportement particulièrement déplacé envers des résidentes de son centre d'insertion, le juge a préféré la qualification d'atteinte à l'honneur plutôt que d'atteintes aux bonnes mœurs. Cette qualification permet d'éviter d'employer le mot « mœurs », qui a une connotation soit datée car elle évoque la III^e ou la IV^e République⁷⁷⁴, soit antirépublicaine par référence à « l'ordre moral » cher à Mac Mahon. La même gêne du juge à manier les termes de « mœurs » ou de « moralité » peut être observée dans d'autres domaines, comme le

⁷⁶⁹ CE, 8 mars 2006, Mutualité des Ardennes, req. n°270709

⁷⁷⁰ Hubert Rose, Yves Struillou, Droit du licenciement des salariés protégés, Economica, 2011, p. 1296

⁷⁷¹ Article L.1153-1 du Code du travail, le harcèlement sexuel étant défini comme les agissements de harcèlement contre toute personne dans le but d'obtenir des faveurs sexuelles.

⁷⁷² Cette métaphore parfois utilisée dans un sens familier se justifie ici pleinement. En biologie, le phagocyte est une cellule capable d'ingérer d'autres cellules. L'atteinte à l'honneur dont le champ incorpore celui de l'atteinte aux bonnes mœurs, provoquant l'inutilisation de cette dernière notion.

⁷⁷³ CE, 8 mars 2006, Mutualité des Ardennes, req. n°270709, précitée

⁷⁷⁴ Voir par exemple Jean-Marc Berlière, La police des mœurs sous la III^e République, Seuil, 1992 ou encore, la décision du Conseil d'Etat du 18 décembre 1959 (Société Les films Lutetia et syndicat français des producteurs et exportateurs de films, rec. 693), où la légalité d'un arrêté municipal interdisant un film « contraire à la décence et aux bonnes mœurs » est confirmée.

contentieux des visas d'exploitations des films⁷⁷⁵. Dans toutes ces décisions où sont en jeu des questions de mœurs, le juge n'utilise jamais ce vocable et préféré parler de « protection de l'enfance et de la jeunesse » ou encore de « respect de la dignité de la personne humaine »⁷⁷⁶. La rareté de l'exception à l'amnistie pour cause d'atteinte aux bonnes mœurs ne serait donc qu'une déclinaison de l'inconfort du juge administratif, incapable d'utiliser un lexique qui n'est plus dans sa culture.

iv. La dangereuse plasticité des notions utilisées pour exclure du champ de l'amnistie

En pratique, et malgré l'abondante jurisprudence sur ce point, l'atteinte à la probité, à l'honneur ou aux bonnes mœurs sont des notions d'une grande plasticité. Le juge peut lui en donner le sens qu'il le souhaite. Par exemple, il a été jugé que des « propos injurieux à l'encontre du sous-directeur de l'enfance du département »⁷⁷⁷ n'étaient pas constitutifs d'atteintes à la probité, à l'honneur ou aux bonnes mœurs. Sans plus de précisions, le Conseil d'Etat offre au salarié le bénéfice de l'amnistie. Il applique en cela une jurisprudence constante selon laquelle un propos injurieux n'est pas un manquement à l'honneur⁷⁷⁸. Cette décision n'applique pas justement la loi : l'injure recoupe ce qui est déshonorant⁷⁷⁹. De plus, cette jurisprudence pourrait ne pas être si cohérente que cela. Dans une décision antérieure, le Conseil d'Etat avait pu refuser le bénéfice de l'amnistie à un salarié grossier et injurieux⁷⁸⁰. Utilisée dans les lois d'amnisties avant 2013, l'atteinte à la probité, à l'honneur ou aux bonnes mœurs sont des notions suffisamment élastiques pour prêter à confusion, et au bout du compte accorder beaucoup de pouvoir aux juges.

⁷⁷⁵ CE, 14 juin 2002, Association Promouvoir, rec. 217 ; CE, 4 février 2004, Association Promouvoir, rec. t. 887-888 ; CE, 6 octobre 2008, Société Cinéditons, AJ 2009.544 ; CE, 25 novembre 2009, Association Promouvoir, Association action pour la dignité humaine, rec. 964.

⁷⁷⁶ Vocabulaire tiré de l'article L.211-1 du Code du cinéma et de l'image animée, au sujet de l'autorisation du visa d'exploitation.

⁷⁷⁷ Conseil d'Etat, 7ème sous-section jugeant seule, 09/01/2008, 271291, Inédit au recueil Lebon

⁷⁷⁸ CE, 26 février 1982, Philippe, req. n° 10901 ; CE, 10 mai 1985, Fédération nationale agroalimentaire et forestière CGT, req. n°45191 ; CE, 15 mai 1985, M. Kolak, req. n°49759 ; CE, 17 février 1993, Ministre de l'économie, des finances et du budget, req. n°105549

⁷⁷⁹ Le dictionnaire Littré donne, pour synonyme d'injurier, « déshonorer » ; Dictionnaire Littré en ligne (<http://litre.reverso.net/dictionnaire-francais/>)

⁷⁸⁰ CE, 8 mars 2006, Mutualité des Ardennes, req. n°270709

b. La définition du champ d'application ratione materiae dans la proposition de loi d'amnistie des faits commis à l'occasion de mouvements sociaux et d'activités syndicales et revendicatives

La proposition de loi d'amnistie sociale diffère totalement dans son champ ratione materiae. Elle fait disparaître des faits pénalement répréhensibles mais très restreints (i). Ensuite, la réintégration est prononcée si les faits sont amnistiés (ii).

i. Les conditions restreintes de l'amnistie des faits pénalement réprimés

Sur son volet pénal, la loi portant amnistie sociale définit deux conditions pour être appliquée.

Tout d'abord, seules certaines infractions sont amnistiées. Elles doivent être passibles de moins de dix ans d'emprisonnement. Elles recoupent les atteintes contre les biens⁷⁸¹, la diffamation prévue à l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et les menaces prévues aux articles 222-17 et 222-18 du code pénal. Les diffamations et menaces proférées à l'encontre de personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et les dégradations volontaires ayant pour conséquence de nuire au bon déroulement de travaux scientifiques ou de recherche ne sont en revanche pas amnistiées⁷⁸².

Ensuite, les infractions doivent avoir été commises soit à l'occasion de conflits du travail ou à l'occasion d'activités syndicales ou revendicatives de salariés, d'agents publics, de professions libérales ou d'exploitants agricoles, y compris au cours de manifestations sur la voie publique ou dans des lieux publics, soit à l'occasion de mouvements collectifs revendicatifs, associatifs ou syndicaux, relatifs aux problèmes liés à l'éducation, au logement, à la santé, à l'environnement et aux droits des migrants, y compris au cours de manifestations sur la voie publique ou dans des lieux publics⁷⁸³.

ii. Le bénéfice de l'amnistie accordé aux seuls licenciements disciplinaires

⁷⁸¹ Définies au livre III du Code pénal : vol, extorsion, escroquerie, détournements, recel, destructions, dégradations et détériorations, atteintes aux systèmes automatisés de traitement des données

⁷⁸² Articles 1^{er} et 1 bis de la proposition de loi adoptée par le Sénat le 27 février 2013 portant amnistie des faits commis à l'occasion de mouvements sociaux et d'activités syndicales et revendicatives

⁷⁸³ Article 1^{er} de la proposition de loi adoptée par le Sénat le 27 février 2013 portant amnistie des faits commis à l'occasion de mouvements sociaux et d'activités syndicales et revendicatives

La définition du champ des faits amnistiés conditionne aussi la réintégration. En effet, « tout salarié ou agent public licencié pour une faute, autre qu'une faute lourde constituant une atteinte à l'intégrité physique ou psychique des personnes, ayant fait l'objet d'une amnistie au titre de l'article 4 est, sauf cas de force majeure, réintégré dans le poste qu'il occupait avant son licenciement ou dans un poste équivalent »⁷⁸⁴. Pour être réintégré, il faut donc avoir été licencié pour motif disciplinaire.

La limitation du motif de licenciement ne pose pas de problème en cas de grève. Le motif disciplinaire est nécessairement retenu dans ce cas. L'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié⁷⁸⁵. Néanmoins, le bénéfice de l'amnistie semble limité à certains cas de figure très précis : seuls les dégradations de matériels et les actes de diffamation et de menaces sont amnistiés. Les délits commis par des salariés constituant une faute d'une gravité suffisante relèvent souvent d'autres qualifications : atteinte à la liberté de circulation au sein de l'usine⁷⁸⁶, entrave à la liberté du travail⁷⁸⁷, tenue de piquets de grèves⁷⁸⁸, absence de rôle modérateur pendant un conflit ayant dégénéré⁷⁸⁹.

Toutefois, ne prononcer la réintégration que des licenciements disciplinaires limite l'amnistie. Les conflits collectifs ne sont pas toujours synonymes de grèves. Or, en dehors du cas de la grève, « un fait commis dans l'exercice du mandat représentatif ne peut constituer une faute »⁷⁹⁰. Depuis la jurisprudence *Patarin*⁷⁹¹, il existe une distinction entre faits commis en dehors de l'exercice du mandat et faits commis dans l'exercice du mandat, ces derniers ne pouvant être qualifiés de disciplinaires. L'amnistie entend précisément couvrir les faits de diffamation ou de menaces. Ces délits peuvent être commis sans grève, pour exprimer le mécontentement d'un salarié protégé en raison des intérêts qu'il défend. Il existe de nombreux cas de licenciements de salariés protégés pour causes de diffamation,

⁷⁸⁴ Article 4 de la proposition de loi adoptée par le Sénat le 27 février 2013 portant amnistie des faits commis à l'occasion de mouvements sociaux et d'activités syndicales et revendicatives

⁷⁸⁵ Article L2511-1 du Code du travail

⁷⁸⁶ CE, 29 avril 1983, Guelmane, req. n°11494

⁷⁸⁷ CE, 13 novembre 1987, Société Consortium Meyer Sansboeuf, req. n°67088

⁷⁸⁸ CE, 26 octobre 1994, Société Findus Glaces, req. n°146940

⁷⁸⁹ CE, 27 juin 1979, Manufacture des pneumatiques Michelins, req. n°13069

⁷⁹⁰ Bernard Bossu (26 octobre 2010), JCP S n° 43, p. 1444

⁷⁹¹ CE, 4 juillet 2005, Patarin : req. n° 272-193, rec. 306, RJS 2005 n° 1121

hors de la grève : que ce soit à raison de tracts insultants⁷⁹², de déclarations injurieuses vis-à-vis de l'employeur⁷⁹³ ou encore de mots manuscrits au contenu diffamatoire⁷⁹⁴. Avec la nouvelle jurisprudence, le fondement de ces licenciements n'est plus disciplinaire et le salarié protégé ne pourrait bénéficier de l'amnistie. Est-réellement ce que les rédacteurs de la proposition de la loi recherchaient.

§2. LA DEFINITION DES CONSEQUENCES DE L'AMNISTIE POUR LA REINTEGRATION

Les lois d'amnisties peuvent prononcer la remise de toutes les peines ainsi que de toutes leurs incapacités ou déchéances subséquentes. Toutefois, elles n'entraînent pas de droit systématique à réintégration. Elles doivent préciser si la réintégration fait partie de leurs effets. Ainsi, les amnisties de 1966⁷⁹⁵, de 1995⁷⁹⁶ et de 2002⁷⁹⁷ n'impliquaient pas de réintégration du salarié licencié pour des faits amnistiés. L'article 20 de la loi d'amnistie du 3 août 1995 dispose : « L'amnistie n'entraîne de droit la réintégration dans les offices publics ou ministériels ni dans les fonctions, emplois, grades ou professions, publics ou privés ».

Ce n'était pas le cas des amnisties de 1981⁷⁹⁸ et 1988⁷⁹⁹, ni même de la proposition de loi d'amnistie en discussion en 2013. Adoptée lors du premier mandat du Président Mitterrand, la loi d'amnistie du 4 août 1981 prévoit que « tout salarié qui a été licencié pour une faute autre qu'une faute lourde peut invoquer cette qualité pour obtenir sa réintégration dans son emploi ou dans un emploi équivalent chez le même employeur ou chez l'employeur qui lui a succédé »⁸⁰⁰. La proposition de loi de 2013 a les mêmes

⁷⁹² CE, 1^{er} juin 1979, Solivari, req. n°9231

⁷⁹³ CE, 29 juillet 1993, Société transports André Izard et Compagnie, req. n°140778

⁷⁹⁴ CE, 16 octobre 1985, Le Goff, req. n°42914

⁷⁹⁵ Loi n°66-409 du 18 juin 1966 portant amnistie

⁷⁹⁶ Loi n°95-884 du 3 août 1995 portant amnistie

⁷⁹⁷ Loi n°2002-1062 du 6 août 2002 portant amnistie

⁷⁹⁸ Loi n°81-736 du 4 août 1981 portant amnistie

⁷⁹⁹ Loi n°88-828 du 20 juillet 1988 portant amnistie

⁸⁰⁰ Article 15 de la loi n°81-736 du 4 août 1981 portant amnistie

effets exposés à son article 4⁸⁰¹

Ainsi, le législateur détient un réel pouvoir d'immixtion dans le licenciement du salarié protégé pour motif disciplinaire. Il peut décider des effets de l'amnistie, pour précisément exiger d'annuler le licenciement ou non.

II. L'APPLICATION DE LA LOI D'AMNISTIE

Dans un deuxième temps, après avoir été rédigée et votée, la loi d'amnistie doit être appliquée. Les intéressés ne jouissent pas automatiquement des droits ouverts par l'amnistie : ils doivent les obtenir du juge (§1). En ce qui concerne le salarié protégé, l'amnistie arrête net la procédure de licenciement, sauf si la continuation de la procédure peut profiter au salarié (§2).

§1. L'OBTENTION DU BENEFICE DE L'AMNISTIE EN VUE D'UNE REINTEGRATION

Les lois d'amnisties précisent sous quelles conditions le salarié licencié peut obtenir d'éventuels droits à réintégration. Le contentieux de la réintégration est souvent soumis à la juridiction prud'homale, ce qui était le cas par exemple pour les lois d'amnisties de 1981⁸⁰² et de 1988⁸⁰³. La récente proposition de loi d'amnistie présentée en 2012 n'a pas encore précisé les modalités du contentieux de la réintégration.

La conformité de ce dispositif à la conception française de la séparation des pouvoirs n'allait pas de soi. En effet, le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires interdit au juge judiciaire d'examiner la légalité des actes administratifs individuels. Sauf si cet acte est suffisamment clair, il doit former une question préjudicielle

⁸⁰¹ Article 4 de la proposition de loi adoptée par le Sénat le 27 février 2013 portant amnistie des faits commis à l'occasion de mouvements sociaux et d'activités syndicales et revendicatives : « tout salarié ou agent public licencié pour une faute, autre qu'une faute lourde constituant une atteinte à l'intégrité physique ou psychique des personnes, ayant fait l'objet d'une amnistie au titre de l'article 4 est, sauf cas de force majeure, réintégré dans le poste qu'il occupait avant son licenciement ou dans un poste équivalent »

⁸⁰² Article 14 de la loi n°81-736 du 4 août 1981 portant amnistie

⁸⁰³ Article 15 de la loi n°88-828 du 20 juillet 1988 portant amnistie

à la compétence de la juridiction administrative pour que celle-ci puisse l'interpréter⁸⁰⁴. Ce principe aurait pu s'opposer à la dévolution du contentieux de la réintégration au juge judiciaire. Cette compétence du conseil de prud'hommes l'amène à se prononcer indirectement sur la légalité de l'autorisation de licenciement, acte administratif individuel.

Saisie sur la question de la compatibilité d'un contentieux de la réintégration confié au Conseil de prud'hommes avec la séparation des pouvoirs, la Cour de cassation a pu se prononcer sur la question. « La compétence attribuée par la loi au conseil de prud'hommes pour connaître du contentieux de la réintégration en raison de l'amnistie lui permet de donner sa véritable qualification à la cause du licenciement, sans que cette compétence ait pour effet de faire échec au principe de la séparation des pouvoirs et de remettre en cause une décision administrative autrement que par la voie d'une question préjudicielle »⁸⁰⁵.

§2. LES CONSEQUENCES DE L'AMNISTIE SUR LA PROCEDURE LICENCIEMENT DU SALARIE PROTEGE

L'amnistie des faits constitutifs de sanction disciplinaire conduit finalement à arrêter la procédure de licenciement du salarié protégé, sous certaines conditions. L'action administrative (A) comme la procédure devant le juge (B) sont paralysées du fait de l'amnistie.

A. L'arrêt de l'action administrative

La légalité de la décision administrative est remise en cause par la loi d'amnistie (1), à condition que la loi d'amnistie soit antérieure à la décision (2).

1. L'impossibilité d'engager une procédure de licenciement pour des faits amnistiés

Le Conseil d'Etat a affirmé⁸⁰⁶ puis rappelé⁸⁰⁷ l'impossibilité d'engager une

⁸⁰⁴ TC, 16 juin 1923, Septfonds, rec. 498

⁸⁰⁵ Cass. Soc., 19 décembre 1989, req. n°89-42799

⁸⁰⁶ CE, 6 mai 1970, Axuire, req. n°74621

⁸⁰⁷ CE, 19 avril 1989, Association départementale du Vaucluse de sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence, req. n°78044

procédure d'autorisation de licenciement en raison de faits amnistiés. Pour la jurisprudence la plus récente (celle de 1989), il s'agissait d'un éducateur spécialisé et délégué du personnel qui avait été licencié pour faute. Le juge administratif a confirmé la légalité de la décision, mais énoncé le principe selon lesquels les faits amnistiés ne peuvent plus servir de fondement à une autorisation de licenciement. En revanche, les faits postérieurs à l'amnistie témoignent d'un comportement constitutif d'une faute grave de nature à justifier le licenciement du salarié protégé.

2. La condition d'antériorité de la loi d'amnistie

La légalité de la procédure administrative d'autorisation de licenciement n'est affectée que si elle est postérieure à la loi d'amnistie. Dans le cas contraire, si la loi d'amnistie est postérieure à l'autorisation de licenciement, cette dernière reste légale⁸⁰⁸. Par exemple, la loi d'amnistie du 6 août 2002⁸⁰⁹ est postérieure à la décision administrative du 10 mai 2000 autorisant le licenciement de Monsieur Sangare, salarié protégé⁸¹⁰. Elle ne frappe donc pas cette dernière d'illégalité. Le Conseil d'Etat suit ici une jurisprudence bien établie de la Cour de cassation, selon laquelle l'amnistie des faits ayant justifié la rupture du contrat du travail n'a d'effet sur le licenciement qu'à une condition de temps : la loi d'amnistie doit être plus ancienne que le licenciement⁸¹¹.

Cette jurisprudence découle de la nécessité d'apprécier la légalité d'un acte administratif au regard des dispositions en vigueur à la date de sa signature⁸¹², elle-même inspirée par le principe de sécurité juridique⁸¹³. Le Conseil constitutionnel lui-même, se fondant sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ne préconise

⁸⁰⁸ CE, 20 juillet 1971, Méhut, req. n°81352 ; CE, 17 février 1993, Duga, req. n°116531 ; CE, 25 février 1994, Mancuso, req. n°113903

⁸⁰⁹ Loi n°2002-1062 du 6 août 2002 portant amnistie

⁸¹⁰ CE, 9 juillet 2007, Sangare, req. n°288295

⁸¹¹ Cass. Soc., 2 avril 1992, req. n°90-42030 ; Cass. Soc., 17 octobre 1995, req. n°93-44099 ; Cass. Soc., 21 mars 2001, n

⁸¹² CE Sect., 4 juillet 2003, Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs (GEMTROT), req. n°237201, A, M. Labetoulle, pdt., Mme Robineau-Israël, rapp., M. Sénors, c. du g

⁸¹³ CE Ass., Societe KPMG - Société Ernst & Young audit et autres - Societe Deloitte et associés et Société Grant Thornton - Societe Pricewaterhousecoopers audit, req. n° 288460, 288465, 288474, 288485, A, M. Denoix de Saint Marc, pdt., M. Dacosta, rapp., M. Aguila, c. du g.

la rétroactivité de la loi qu'en cas de motif d'intérêt général suffisant le justifiant⁸¹⁴. La rétroactivité d'une disposition législative est encadrée. Ceci concerne aussi l'amnistie, qui ne peut bouleverser les relations contractuelles préexistantes au risque de méconnaître la sécurité juridique.

B. Les conséquences après la saisine du juge

Supposons que l'amnistie intervienne avant la saisine du juge, mais après la décision administrative. La loi d'amnistie doit être observée par le juge car elle est d'ordre public⁸¹⁵. Le juge doit en rechercher l'application, sans heurter le principe de non rétroactivité de l'amnistie sur les situations contractuelles. Le recours tendant à l'annulation d'une décision de refus fondée sur des faits amnistiés devient sans objet⁸¹⁶. En revanche, la requête d'annulation d'une décision d'autorisation est aussi sans objet. Le juge ne peut en effet revenir sur une autorisation de licenciement intervenue avant une loi d'amnistie. Il ne pourra pas annuler la décision au visa de la loi d'amnistie⁸¹⁷. La loi d'amnistie ne s'invite dans la procédure que si elle n'impose pas d'annuler une décision administrative.

⁸¹⁴ Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005 sur la loi de finances pour 2006. « Il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions. Ce faisant, il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles. En particulier, il méconnaîtrait la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 s'il portait aux situations légalement acquises une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant »

⁸¹⁵ Conclusions du commissaire du gouvernement Guionin sur CE, Sect., 12, juillet 1955, Grunberg, Rec. p. 407

⁸¹⁶ CE, 16 novembre 1984, Société Floralux, n°43035

⁸¹⁷ CE, 7 mai 1993, SA Compagnie industrielle des chauffe-eau, Req. n°109464

CONCLUSION CHAPITRE I

Malgré la méfiance croissante qu'elle suscite, la technique de l'amnistie des sanctions disciplinaires n'est pas totalement passée en désuétude. Elle permet toujours au législateur d'être un acteur du contrôle du licenciement du salarié protégé pour un motif disciplinaire.

CHAPITRE II. LA REDEMPTION PAR LES POUVOIRS EXECUTIFS OU JUDICIAIRES

Chargés d'appliquer la loi d'amnistie, les pouvoirs exécutifs et judiciaires paraissent relégués au second plan dans le mouvement de rédemption de la faute. Cette apparence est trompeuse. Le juge a un pouvoir créateur par la construction d'une jurisprudence respectée par l'administration. Et de par la proximité qui existe entre le juge administratif et l'administration⁸¹⁸, les deux pouvoirs s'influencent mutuellement dans la formation du corpus jurisprudentiel.

Cet ensemble de règles contient deux autres exceptions au licenciement fondé sur une faute constatée. Elles sont présentes depuis l'arrêt le plus en vue de la matière du licenciement du salarié protégé, *SAFER d'Auvergne contre Bernette*⁸¹⁹. « Pour refuser l'autorisation sollicitée, l'autorité administrative a la faculté de retenir des motifs d'intérêt général relevant de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité, sous réserve qu'une atteinte excessive ne soit pas portée à l'un ou l'autre des intérêts en présence ». Aussi, « le licenciement ne doit pas être en lien avec les fonctions représentatives normalement exercées ou l'appartenance syndicale ». L'autorisation de licenciement ne doit pas être accordée – quels que soient les faits reprochés – dans deux cas : si le licenciement est lié au mandat représentatif du salarié ou si un motif d'intérêt général s'y oppose, sous réserve qu'aucune atteinte excessive ne soit portée aux parties en présence.

La formulation usitée par l'arrêt *SAFER d'Auvergne* n'augure rien d'inéquitable. Elle paraît proportionnée et fondée sur des arguments de bon sens. Néanmoins, elle agit telle une boîte de Pandore. Les notions qu'elle utilise sont trop vagues : l'intérêt général et le lien avec l'appartenance syndicale ont le sens que l'administration et le juge veulent bien lui prêter. En l'occurrence, les sens donnés par les pouvoirs exécutifs et judiciaires sont très larges. Ainsi ces notions permettent-elles de créer un grand champ d'exclusion du licenciement du salarié pour motif disciplinaire : même si la faute est suffisamment grave,

⁸¹⁸ Le juge administratif et l'administrateur sont recrutés à titre principal par les mêmes concours, et peuvent avoir des carrières similaires. Leur proximité est indéniable. Voir P. DELVOLLE, Paradoxe du (ou paradoxes sur) le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, in *Mélanges Chapus*, 1992, Dalloz

⁸¹⁹ CE, Ass., 5 mai 1976, Société d'aménagement foncier et d'établissement rural d'Auvergne et ministre de l'agriculture contre Bernette, Rec. 232

le salarié protégé en ressortira racheté et non licencié. Un déséquilibre naît alors, au détriment de l'employeur.

Ce nouvel aspect de la rédemption du salarié protégé se manifeste dans les deux notions mentionnées par *SAFER d'Auvergne* : l'intérêt général (Section I) et le lien avec l'appartenance syndicale (Section II).

SECTION I. L'INVOCATION D'UN MOTIF D'INTERET GENERAL FAISANT ECHEC AU LICENCIEMENT

Le licenciement du salarié protégé peut être annulé pour un motif d'intérêt général⁸²⁰, notion qui s'avère particulièrement difficile à cerner. Selon P.-L. Frier et M. Petit, il est impossible de définir ce qu'est l'intérêt général⁸²¹. Le rapport public du Conseil d'Etat de 1999 consacré à l'intérêt général⁸²² fournit néanmoins quelques pistes pour approcher le sens de la notion. Passé le XVIIIe siècle, le terme de « bien commun », aux accents religieux et moraux, tombe en désuétude. On parle plus volontiers d'intérêt général à partir de l'époque contemporaine, dans un débat qui oppose utilitaristes et volontaristes.

Les premiers voient dans l'intérêt général un principe de maximisation des utilités⁸²³ individuelles. Poursuivre l'intérêt général revient à laisser les individus rechercher l'efficacité économique maximale. Une telle approche conduirait à prohiber l'immixtion de l'Etat dans le licenciement du salarié protégé quand la rupture du contrat de travail est justifiée. Elle voit dans l'intervention de la puissance publique un processus liberticide. Une autre conception concurrente de l'intérêt général parvient toutefois à une conclusion radicalement opposée. La conception volontariste de l'intérêt général légitime l'ingérence de l'Etat dans les affaires privées. Le sens volontariste de l'intérêt général limite l'autonomie individuelle pour promouvoir l'action collective, parfois située « par-delà les intérêts particuliers »⁸²⁴.

⁸²⁰ CE, 5 mai 1976, Safer d'Auvergne, Rec. p. 232 : « pour refuser l'autorisation sollicitée, l'autorité administrative a la faculté de retenir des motifs d'intérêt général relevant de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité, sous réserve qu'une atteinte excessive ne soit pas portée à l'un ou l'autre des intérêts en présence ».

⁸²¹ P.L. FRIER et M. PETIT, Précis de droit administratif, Montchrestien, 2010, p. 188 : « L'intérêt général (...), notion éminemment idéologique car permettant de légitimer l'intervention publique, est très délicate voire impossible à définir ».

⁸²² Conseil d'Etat, Réflexions sur l'intérêt général – Rapport Public, 1999, Synthèse disponible sur le site internet du Conseil d'Etat (<http://www.conseil-etat.fr/fr/rapports-et-etudes/linteret-general-une-notion-centrale-de-la.html>)

⁸²³ J. BENTHAM, Introduction to the Principles of Morals and Legislation, Oxford Clarendon Press, Chap. I: Of the principle of utility : « Par principe d'utilité, on entend le principe selon lequel toute action, quelle qu'elle soit, doit être approuvée ou désavouée en fonction de sa tendance à augmenter ou à réduire le bonheur des parties affectées par l'action ».

⁸²⁴ Conseil d'Etat, Réflexions sur l'intérêt général – Rapport Public, 1999, précité

Le juge administratif retient une acception volontariste de l'intérêt général⁸²⁵ dans le contentieux du licenciement du salarié protégé. Si l'intérêt général en ressort grandi, il est envisageable de pérenniser le contrat de travail d'un salarié protégé même s'il a commis des faits justifiant un licenciement. Le juge administratif estime que l'autorisation de licenciement peut être refusée si un motif d'intérêt général le justifie et à condition qu'aucune atteinte excessive ne soit portée aux intérêts de l'employeur⁸²⁶. La prise en compte des intérêts de l'employeur reste superficielle. Il n'y a pas de mise en balance de deux principes d'égale importance, avec d'une part l'intérêt général et d'autre part l'intérêt de l'employeur. Il est simplement demandé de ne pas soumettre l'employeur à des contraintes démesurées⁸²⁷. Cette rédemption par l'intérêt général exige par exemple d'imposer le maintien d'un salarié protégé même s'il a commis une faute d'une gravité suffisante pour être licencié, si son éviction signifie la fin de toute représentation collective au sein de l'établissement⁸²⁸.

Il est néanmoins difficile d'accorder une confiance aveugle à l'intérêt général pour diriger l'intervention de la puissance publique dans le licenciement du salarié protégé. L'intérêt général est une notion controversée et floue. Il est ardu de percevoir avec netteté ses implications concrètes. Indéterminé et instrumentalisé⁸²⁹ à loisir, l'intérêt général pourrait fournir « de funestes prétextes à plus d'un genre de tyrannie »⁸³⁰. La méfiance⁸³¹

⁸²⁵ Conseil d'Etat, Réflexions sur l'intérêt général – Rapport Public, 1999, précité : « la conception volontariste de l'intérêt général (...) une conception plus proche de la tradition républicaine française, qui fait appel à la capacité des individus à transcender leurs appartenances et leurs intérêts pour exercer la suprême liberté de former ensemble une société politique ». De manière ouverte, le Conseil d'Etat affiche son attachement à la conception volontariste de l'intérêt général

⁸²⁶ CE, 5 mai 1976, Safer d'Auvergne, Rec. p. 232

⁸²⁷ Idem

⁸²⁸ CE, 22 juin 1987, Le Marec, req. n°74627

⁸²⁹ A. RAND, *The Fountainhead*, 1943. Ayn Rand, philosophe anarcho-capitaliste, voyait dans l'imprécision du concept d'intérêt général un danger pour la liberté. « Pour régner sur des millions d'hommes, il faut prêcher le sacrifice de soi. Dire aux gens qu'ils parviendront à une forme de bonheur plus haute s'ils renoncent à tous ce qui les rendrait heureux. Vous n'avez pas besoin de vous exprimer très clairement. Employez des grands mots vagues tels que (...) 'intérêt général' ».

⁸³⁰ La logique de sacrifice de l'intérêt individuel pour des motifs d'intérêt général peut conduire à la servitude de certains. B. CONSTANT, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, 1819 : « Je montrerai qu'en transportant dans nos temps modernes une étendue de pouvoir social, de souveraineté collective qui appartenait à d'autres siècles, ce génie sublime animé par l'amour le plus pur de la liberté, a fourni néanmoins de funestes prétextes à plus d'un genre de tyrannie ».

face à l'action motivée par l'intérêt général et le questionnement de ses mobiles est une conduite sans doute appropriée. Elle sera adoptée pour envisager la question du motif d'intérêt général opposé au licenciement du salarié protégé.

Le contrôle du motif d'intérêt général a été construit par la jurisprudence. Celle-ci a d'abord précisé comment contrôler l'existence de ce motif (I). Dans le même temps, le contenu du contrôle a été exposé, détaillant les situations où un motif d'intérêt général s'oppose au licenciement. Toutefois, l'intérêt général reste une notion floue, qui laisse prise à l'arbitraire et l'aléatoire en matière d'autorisation de licenciement de salarié protégé (II).

I. LA TECHNIQUE DU CONTROLE DE L'INTERET GENERAL

Sous le contrôle du juge, l'autorité administrative refuse le licenciement pour un motif d'intérêt général relevant de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité. Ce refus s'effectue sous réserve qu'une atteinte excessive ne soit pas portée à l'un ou l'autre des intérêts en présence⁸³².

Cette affirmation résulte d'une construction législative et jurisprudentielle lente et subtile⁸³³, qui implique un contrôle de l'administration (§1) et du juge (§2).

§1. LA TECHNIQUE DU CONTROLE ADMINISTRATIF DE L'INTERET GENERAL

Les contours du contrôle administratif du motif d'intérêt général ont été définis par un cadre législatif (A) et jurisprudentiel (B).

A. Le cadre législatif

Le contrôle administratif de l'intérêt général s'effectue dans le cadre du pouvoir d'appréciation des faits de l'administration. Ce pouvoir a été progressivement reconnu par

⁸³¹ D. DIDEROT, Œuvres Gallimard, coll. La Pléiade, 1965, p. 999. Le vieux tahitien du Supplément au voyage de Bougainville prône cette méfiance saine vis-à-vis de l'intervention publique : « Méfiez-vous de celui qui vient mettre de l'ordre. Ordonner, c'est toujours se rendre maître des autres en les gênant ».

⁸³² CE, 5 mai 1976, Safer d'Auvergne, Rec. p. 232

⁸³³ Précisée dans le commentaire de l'arrêt Safer d'Auvergne aux Grands arrêts de la jurisprudence administrative Dalloz, 2007, p. 620

les textes relatifs à l'autorisation administrative pour le licenciement du salarié protégé. L'ordonnance du 22 février 1945⁸³⁴ pour les membres des comités d'entreprise a été adoptée en premier, suivie par la loi du 16 avril 1946⁸³⁵ (concernant les délégués du personnel), la loi du 16 juin 1966⁸³⁶ (concernant les représentants syndicaux au comité d'entreprise) et enfin la loi du 27 avril 1968⁸³⁷ (destinée aux délégués syndicaux).

L'ensemble de ces textes a été compilé et codifié par la loi du 28 octobre 1982 dite deuxième loi Auroux⁸³⁸. Par exemple, l'article 26 de la deuxième loi Auroux⁸³⁹ dispose qu'en ce qui concerne les délégués du personnel, « le licenciement ne peut intervenir que sur autorisation de l'inspecteur du travail dont dépend l'établissement ». Cette formule rituelle est reprise pour chaque mandat. Pour autoriser ou non le licenciement, l'administration décide sur la base de critères objectifs mais souples, dont la pesée laisse nécessairement une certaine latitude⁸⁴⁰. La norme accorde donc un pouvoir d'appréciation des faits à l'administration. Ce pouvoir d'appréciation contient entre autres l'évaluation d'éventuels motifs d'intérêt général s'opposant au licenciement. La direction générale du travail rappelle que « l'administration dispose, lorsqu'elle retient un tel motif, d'un pouvoir d'appréciation en opportunité »⁸⁴¹.

B. Le cadre jurisprudentiel

La jurisprudence a précisé que ce pouvoir est utilisé à la discrétion de l'administration. Celle-ci ne commet pas d'erreur manifeste d'appréciation lorsqu'elle

⁸³⁴ Ordonnance n° 45-280 du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprise

⁸³⁵ Loi n°46-730 du 16 avril 1946 portant statut des délégués du personnel dans l'entreprise

⁸³⁶ Loi n°66-247 du 18 juin 1966 modifiant certaines dispositions de l'ordonnance n°45-280 du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprise

⁸³⁷ Loi n°68-1179 du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical en entreprise

⁸³⁸ Loi n°82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, faisant partie d'une série de lois déposées au Parlement par le Ministre du Travail Jean Auroux (d'où l'appellation de deuxième loi Auroux)

⁸³⁹ Codifié à l'article L.425-1 du Code du travail

⁸⁴⁰ Reprise de l'entrée « appréciation » proposée par G. CORNU, Vocabulaire juridique 8^e édition, PUF, 2007, p.67

⁸⁴¹ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 98

n'use pas de la faculté qui lui est offerte de prendre en compte un motif d'intérêt général.⁸⁴² Un salarié protégé travaillant dans le secteur du BTP avait brutalement conduit son camion vers son chef de chantier avec qui il s'était disputé – sans réussir à le blesser. Cette menace à l'intégrité physique d'un supérieur hiérarchique avait été qualifiée de faute suffisamment grave pour justifier le licenciement. Attaquant la décision d'autorisation de licenciement, le salarié protégé arguait que l'intérêt général justifiait son maintien dans l'entreprise, dès lors qu'il était particulièrement vigilant à l'égard de la sécurité des conditions de travail. Il reprochait à la décision attaquée de ne pas avoir apprécié ce motif d'intérêt général. Le Conseil d'Etat a pu alors rappeler que l'inspection du travail n'était pas tenue d'user de son pouvoir d'appréciation des faits⁸⁴³. Cette jurisprudence a ultérieurement été reprise en Cour administrative d'appel : le requérant ne peut soutenir que la décision attaquée est entachée d'illégalité, dès lors que le ministre n'a pas fait usage de son pouvoir de refuser l'autorisation de licenciement pour un motif d'intérêt général⁸⁴⁴.

L'administration est libre d'user ou non de son pouvoir d'appréciation du motif d'intérêt général. Si bien que les différents niveaux de la hiérarchie administrative peuvent diverger quant au sens à donner à l'intérêt général. Saisi par recours hiérarchique, le ministre peut refuser d'identifier un motif d'intérêt général opposé au licenciement, même si l'inspecteur du travail en avait caractérisé un lors de sa décision de refus⁸⁴⁵. Le cas échéant, il n'est pas tenu de motiver sa décision de ne pas retenir de motif d'intérêt général⁸⁴⁶.

Enfin, le motif d'intérêt général n'est utilisé dans le contrôle administratif que pour refuser un licenciement : elle n'est qu'une technique de négation des prétentions de l'employeur. L'administration ne peut en aucun cas fonder une autorisation sur un motif d'intérêt général. « Si l'autorité administrative peut refuser le licenciement en retenant des motifs d'intérêt général, elle n'a pas la faculté de retenir de tels motifs pour autoriser, en dehors de toute faute, le licenciement de ce salarié »⁸⁴⁷. Est annulée la décision d'autorisation qui a pour seul motif l'intérêt général justifié par le seul fait que « la

⁸⁴² CE, 27 juin 1990, Association du Foyer des jeunes travailleurs Victor Hugo c/ Ministre des affaires sociales et de l'emploi, req. n°104790.

⁸⁴³ CE, 29 décembre 1995, Primereur, req. n°133488

⁸⁴⁴ CAA Bordeaux, 10 novembre 2009, Al Koudri, req. n°09BX00092

⁸⁴⁵ CE, 29 avril 1994, Danton, req. n°102967

⁸⁴⁶ CE, 26 juin 2002, SNC Sicup Uniroyal, req. n°219940.

⁸⁴⁷ CE, 9 février 1983, Lataste, req. n°32403

poursuite du mandat du salarié protégé n'est plus possible »⁸⁴⁸

II. LES MOTIFS ARBITRAIRES ET ALEATOIRES DU CONTROLE D'INTERET GENERAL

Le contrôle du motif d'intérêt général sert les intérêts du salarié protégé. Il permet d'opposer un motif d'intérêt général abstrait à un licenciement pourtant justifié. En cela, il favorise parfois l'arbitraire (I). Ce parti pris est conforté par une protection déficiente des intérêts de l'employeur (II).

§1. LES MOTIFS PARFOIS ARBITRAIRES DE LA MISE EN ŒUVRE DU MOTIF D'INTERET GENERAL

Pour affirmer qu'un motif d'intérêt général interdit un licenciement de salarié protégé, il faut le motiver. Or, cette motivation est parfois insuffisante, quand elle se résume des constats subjectifs et vagues. Qu'un juge ou administrateur estime qu'il y a un « climat social tendu » dans une entreprise, il peut alors s'opposer au licenciement du salarié protégé (A).

Ce propos doit être nuancé. Il est aussi un domaine où la constatation du motif d'intérêt général se fait suivant un critère objectif : en l'occurrence, le faible nombre de représentants du personnel (B).

A. La constatation arbitraire d'un climat social tendu

La jurisprudence a dégagé un principe selon lequel l'intérêt général n'autorise pas le licenciement du salarié protégé lorsque le climat social est crispé (1). Cette affirmation conduit à de nombreux excès. Elle ne peut être objectivement constatée et favorise les comportements violents lors des conflits collectifs (2).

1. Le lien entre climat social dégradé et intérêt général

Le climat social dégradé peut constituer un motif d'intérêt général interdisant

⁸⁴⁸ CE, 4 mai 1988, Etablissements Roger Martinet, req. n°84237

l'éviction d'un salarié protégé.

Une bonne application de ce principe est fournie avec la jurisprudence *Transport Vacher* de 1998⁸⁴⁹. Deux conducteurs de poids lourds bloquent les accès à une entreprise avec leurs véhicules professionnels. Le 2^e jour, ils reçoivent une ordonnance du juge des référés les sommant de libérer les locaux sans délai. Malgré cela, ils ne quittent pas leurs postes et maintiennent le piquet de grève. Le 5^e jour, ils cessent leur action alors que leur employeur signe un protocole de fin de grève. Cet accord du 14 mai 1994 contient un accord réciproque d'œuvrer pour la « paix sociale ».

L'employeur entame ensuite une procédure de licenciement pour faute. Le licenciement est refusé par l'inspecteur du travail, puis le recours hiérarchique rejeté. Par jugement du 24 janvier 1995, le tribunal administratif de Châlons-sur-Marne rejette le recours en annulation dirigé contre le refus. Le Conseil d'Etat confirme ce jugement. Il déclare que l'existence de l'engagement réciproque de "paix sociale" exprimé dans le protocole signé le 14 mai 1993 a marqué la fin d'un mouvement de grève dans l'entreprise et constitue un motif d'intérêt général de ne pas donner suite à la demande de la société de procéder à ces licenciements

Cette solution est reprise dans un arrêt *Marcel*⁸⁵⁰ du Conseil d'Etat. L'espèce voit un salarié protégé prendre une part prépondérante dans un conflit collectif. L'une des actions auxquelles il participe consiste à séquestrer un cadre de l'entreprise. L'employeur entame une procédure de licenciement pour faute. Il demande l'autorisation de licenciement à l'inspection du travail qui la refuse le 5 décembre 1997. Le Tribunal administratif de Caen rejette la requête tendant à l'annulation de la décision litigieuse par jugement du 1^{er} décembre 1998. En revanche, la Cour administrative d'appel de Nantes adopte une position contraire et annule le refus de l'inspection du travail par arrêt du 28 mars 2002⁸⁵¹. Elle retient que le salarié protégé n'a eu aucun rôle modérateur durant la grève et qu'il a donc commis un fait suffisamment grave pour justifier un licenciement.

Par arrêt du 11 février 2005, le Conseil d'Etat annule l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes. A l'appui de cette annulation, la haute juridiction avance entre autres qu'il existe un intérêt général au maintien du salarié protégé dans l'entreprise

⁸⁴⁹ CE, 5 octobre 1998, Société des transports Vacher, req. n°168381

⁸⁵⁰ CE, 11 février 2005, Marcel, req. n°247673

⁸⁵¹ CAA Nantes, 28 mars 2002, Société Anonyme Saméto-Technifil contre Ministre de l'emploi et de la solidarité, req. n°99NT00149

« compte tenu de la situation sociale constatée ». Elle ajoute que « dans les circonstances de l'espèce, cette décision ne porte pas une atteinte injustifiée aux intérêts de la société Saméto-Technifil »⁸⁵².

2. Les biais d'une telle conception de l'intérêt général

Annuler des décisions sur la base du constat d'un climat social tendu comporte deux biais. Le premier est de priver le contrôle du licenciement d'une base objective de contrôle et donc de ruiner la motivation des décisions d'autorisation ou de refus (a). Le second est d'inciter à des comportements antisociaux pendant les périodes de conflit collectif (b).

a. L'incitation aux comportements antisociaux

Le licenciement du salarié protégé peut être annulé si le climat social est trop tendu. Il y a une large part de non-dit dans cette affirmation. En réalité, le licenciement ne doit pas être considéré car les réactions des autres salariés seraient trop violentes. Cette décision, même juste, provoquerait l'ire générale et un conflit trop brutal pour être raisonnablement envisagé. Le juge cède à la menace et marchande la paix au prix de l'injustice.

L'arrêt *Régie Nationale des Usines Renault*⁸⁵³ de 1991 étaye ce propos. Pour refuser à la Régie nationale des usines Renault l'autorisation de licencier Monsieur Gérard Six, l'inspecteur du travail de Douai s'est fondé sur un motif d'intérêt général tiré de ce que le licenciement de Monsieur S., salarié protégé, risquerait de provoquer une recrudescence des tensions sociales pouvant exister au sein de l'entreprise. Le Conseil d'Etat a déclaré légale cette motivation appuyée sur la préservation de l'intérêt général. On note la formulation très pudique de « tensions sociales ». Ces mots vagues laissent une large prise à l'imagination pour se représenter quel type de fléau va dévaster l'entreprise si le licenciement du salarié protégé n'est pas refusé.

Cette conception de l'intérêt général incite, en l'état, à redoubler de violence lors des conflits sociaux. Un conflit social particulièrement tendu est gage d'impunité, au moins

⁸⁵² 6^e considérant de la décision CE, 11 février 2005, Marcel, req. n°247673

⁸⁵³ CE, 1^{ere} et 4^e S.S.R., 17 juin 1991, Régie Nationale des Usines Renault c. M. Gérard Six, req n°112371-112817

pour les salariés protégés. Ceux-ci ont tout intérêt à inciter à des comportements antisociaux qui démontreront que la grève est tendue : séquestration, déprédations de matériel, atteintes à la liberté du travail... « Agis comme si tout devait exploser un jour »⁸⁵⁴ devient leur ligne de conduite. Les décisions liant intérêt général à préservation de la paix sociale contredisent la jurisprudence saine du rôle modérateur du salarié protégé pendant un conflit collectif⁸⁵⁵. Un salarié protégé désireux de pleinement profiter des garanties jurisprudentielles tentera sans doute d'afficher un rôle modérateur tout en œuvrant discrètement pour que la grève soit très conflictuelle.

b. Le manquement à l'exigence de motivation des jugements et des décisions administratives

Les jugements et décisions administratives doivent être motivés. Ils exposent nécessairement des motifs, c'est-à-dire des raisons de principe ou de circonstances qui justifient la décision⁸⁵⁶. Les administrations et les juges ne satisfont pas cette exigence lorsqu'ils se bornent à constater « un climat social tendu » et à supposer que le refus du licenciement du salarié « ne heurte pas excessivement les intérêts de l'employeur.

Dans son discours sur la qualité de la décision de justice⁸⁵⁷, le Vice-Président du Conseil d'Etat, Monsieur Jean-Marc Sauvé, dit que « la mesure de la qualité d'une décision de justice serait moins son exactitude ou la pertinence de ses effets que la qualité de l'argumentation qui la soutient et que le juge développe dans sa motivation ». Cette capacité du jugement à argumenter est indissociable du processus de justice. Elle ne doit pas manquer au jugement. L'article 6 paragraphe 1 de la CESDHLF impose notamment, « à la charge du tribunal, l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens,

⁸⁵⁴ Cité par HAGEN Rose-Marie, *Les dessous des chefs d'œuvres*, Taschen, 2010. Entrée consacrée à *La Grande ville*. Cette phrase est celle d'un critique d'art face au triptyque de Max Ernst (*La Grande Ville*, 1935). Il explique la logique de provocation désespérée de l'artiste, qui continuait à peindre alors qu'il était voué aux gémonies par le régime nazi. Cette attitude de résistance était alors justifiée. Mais elle est sans doute extrême dans le régime actuel, où il n'est pas question de se désolidariser brutalement de la pratique collective.

⁸⁵⁵ CE, 1^{ère} et 4^e S.S.R., 27 juin 1979, *Manufacture française des pneumatiques Michelins S.A.*, req. n° 13069

⁸⁵⁶ CORNU, *Vocabulaire juridique* 8^e édition, PUF, 2007, p.188

⁸⁵⁷ J.M. SAUVE, *Célébration des vingt ans du Tribunal de première instance des Communautés européennes*, Luxembourg le 25 septembre 2009 (<http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/les-criteres-de-la-qualite-de-la-justice.html>)

arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence pour la décision à rendre »⁸⁵⁸. La France a déjà été condamnée par la Cour EDH pour des jugements insuffisamment motivés et donc contraire à l'article 6§1 de la CESDHLF⁸⁵⁹.

La motivation est aussi une caractéristique de la décision administrative relative au licenciement du salarié protégé. Elle entre dans l'application de la loi du 11 juillet 1979⁸⁶⁰, selon laquelle doivent être motivées les décisions qui infligent une sanction ou subordonnent l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives. Le juge est normalement gardien de cette motivation des décisions de l'inspection du travail. Ainsi, un inspecteur du travail de Rouen avait autorisé le licenciement d'un salarié protégé en se bornant « à faire état de l'avis émis par le comité d'établissement, des dispositions de la convention collective applicable, des éléments recueillis au cours de l'enquête contradictoire et de l'absence de lien entre le licenciement envisagé et les mandats exercés par [le salarié] ». Le juge avait annulé cette décision, dès lors qu'elle était insuffisamment motivée⁸⁶¹.

Comment ne pas être frappé par l'incompatibilité entre ces exigences et le refus du licenciement en raison d'un climat social dégradé ? On se demande bien comment mesurer la tension dans un climat social. Définir les luttes sociales tient déjà de la gageure. Il est encore plus difficile de les placer sur une échelle, de « plus âpre » à « détendu ». On ne mesure pas le climat social comme on mesure la pureté de l'air, car le second dépend de critères objectifs. Démontrer qu'un climat social est tendu exige de se munir d'une solide dose de sophismes et de préjugés.

Malheureusement, les décisions et jugements étudiés ne s'embarrassent même pas d'un tel exposé, fondé sur des rapports d'experts, des témoignages, des preuves matérielles. Elles se contentent de déclarer qu'un climat social est tendu, ou qu'il ne l'est pas. Lors d'un arrêt de 2005, le Conseil d'Etat constate le « climat social tendu » d'une entreprise⁸⁶². Au contraire, il estime en 1994⁸⁶³ qu'« il ne résulte pas des pièces du dossier que le licenciement de Monsieur Chauvignat, malgré l'ancienneté des faits qui lui étaient

⁸⁵⁸ CEDH, 19 avril 1994, Van de Hurk c/ Pays-Bas, req. n°16034/90

⁸⁵⁹ CEDH, 4 septembre 1996, Denise Higgins et autres c/ France, req. n°20124/92

⁸⁶⁰ Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public

⁸⁶¹ CE, 30 octobre 1995, Lancois, req. n°147293

⁸⁶² CE, 11 février 2005, Marcel, req. n°247673

⁸⁶³ CE, 11 mars 1994, Chauvignat, req. n°116071

reprochés, et le nombre des mandats représentatifs qu'il détenait à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise ait été de nature à susciter des troubles graves dans l'entreprise ou pour l'ordre public »⁸⁶⁴. La différence entre la première décision et la deuxième réside dans une affirmation péremptoire, démontrée sans rigueur par l'examen des « pièces du dossier ».

B. Les critères objectifs

Les motifs d'intérêt généraux sont aussi synonymes, dans certains cas, de démonstration fondée sur des critères objectifs. Deux traits dans la jurisprudence du motif d'intérêt général semblent satisfaire cet impératif. Il existe un intérêt général attaché au maintien d'une représentation collective dans l'entreprise (1). Dans tous les cas, l'administration et le juge recherchent avec méticulosité la nature des mandats exercés par le salarié protégé pour savoir si un motif d'intérêt général s'oppose au licenciement (2).

1. La constatation objective du faible nombre de représentants du personnel au sein de l'entreprise

La représentation des salariés est un principe fondamental proclamé par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946⁸⁶⁵. Sa préservation tient de l'intérêt général. Voilà pourquoi l'administration ou le juge peuvent s'opposer au licenciement du dernier salarié protégé restant, même quand celui-ci a commis une faute d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement.

Ici, le critère retenu est objectif. Le licenciement du salarié protégé doit entraîner la fin de toute représentation sociale dans l'entreprise⁸⁶⁶. Dit autrement : seul le dernier salarié protégé restant est concerné, et pas l'antépénultième. Une série de licenciements

⁸⁶⁴ CE, 11 mars 1994, Chauvignat, req. n°116071

⁸⁶⁵ Alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Dans une décision n°93-328 DC du 16 décembre 1993, le Conseil constitutionnel a jugé que « le respect du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 implique que les représentants des salariés bénéficient des informations nécessaires pour que soit assurée la participation du personnel à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise ».

⁸⁶⁶ CE, 22 juin 1987, Le Marec, req. n°74627 ; CAA de Nancy, 6 août 2009, Bowling de Colmar, req. n°08NC00226 ; CAA de Marseille, 8 juillet 2010, Société à responsabilité limitée Logifos, req. n°08MA00322

peut diminuer sérieusement les effectifs d'un comité d'entreprise⁸⁶⁷ ou d'un comité d'hygiène, de santé et des conditions de travail⁸⁶⁸ sans toutefois les ramener à néant. L'inspecteur du travail ne peut trouver un motif d'intérêt général s'opposant au licenciement dans les deux cas. Il ne peut arguer que « les cinq licenciements demandés conduiraient à amputer des deux tiers l'effectif du comité d'établissement et compromettraient le fonctionnement de ce comité »⁸⁶⁹ ou que le licenciement de 7 membres du comité d'hygiène, de santé et des conditions de travail nuirait au travail de ce comité qui compte 150 membres⁸⁷⁰.

Aucun autre argument autre que celui du « dernier salarié protégé restant » n'est admis. Pas même la volonté de préserver la présence d'un certain syndicat pour maintenir une diversité dans la représentation⁸⁷¹, ou le souhait de ne pas perturber la tenue des prochaines élections professionnelles⁸⁷².

2. La vérification des mandats exercés par le salarié protégé

Le contrôle de l'intérêt général comporte un autre moment d'objectivité qui tempère légèrement les critères parfois flous sur lesquels il se fonde. Il intervient lors de la vérification systématique, par l'inspecteur du travail, des mandats exercés par le salarié protégé. La décision fondée sur un motif d'intérêt général doit avoir considéré tous les mandats dont le salarié protégé est titulaire. Si tel n'est pas le cas, le juge estime qu'un intérêt général attaché au maintien du mandat oublié n'a pas été pris en considération. Il annule donc la décision administrative.

Les exemples jurisprudentiels existent. L'un d'entre eux voit un inspecteur du travail des transports examiner une demande d'autorisation de licenciement formée par la société « Les Rapides de Côte d'Or ». Il s'est borné à présenter l'intéressé, Monsieur Boussereau, comme conseiller prud'homal et ancien représentant du personnel élu au

⁸⁶⁷ CE, 2 juin 1989, Compagnie française de l'azote, req. n°68320

⁸⁶⁸ CE, 7 février 1994, Chenouffi et autres, req. n°10256

⁸⁶⁹ 3^e considérant de CE, 2 juin 1989, Compagnie française de l'azote, req. n°68320

⁸⁷⁰ 11^e considérant de CE, 7 février 1994, Chenouffi et autres, req. n°10256

⁸⁷¹ CE, 20 décembre 1987, Louat, req. n°72437 ; CE, 8 novembre 1993, Mutuelles de Bretagne, req. n°120034 ; CE, 10 juillet 1995, Fontaine, req. n°145130 ; CE, 28 avril 1997, Jorf, req. n°162288 ; CAA Lyon, 15 mars 1999, Maison de l'enfance Prémol, req. n°98LY01429

⁸⁷² CAA Nantes, 31 janvier 1997, Gedis, req. n°160253

comité d'entreprise et aux délégués du personnel , sans citer ses mandats d'administrateur, délégué CFDT aux conseils d'administration de plusieurs organismes sociaux, dont la caisse régionale d'assurance maladie et l'union des organismes de sécurité sociale, pour lesquels il bénéficie, aux termes de l'article L.231-11 du code de la sécurité sociale, de la procédure spéciale de licenciement. L'inspecteur du travail n'a donc pu apprécier si, compte tenu des exigences propres à ses mandats d'administrateur, il existait des motifs d'intérêt général s'opposant au licenciement de Monsieur Boussereau⁸⁷³.

Cet exemple n'est pas isolé⁸⁷⁴. Il témoigne de cette part d'objectivité dans le contrôle du motif d'intérêt général : rien de plus constatable et indiscutable que la preuve de l'exercice du mandat.

§2. L'OBSTACLE EXCEPTIONNEL A LA MISE EN ŒUVRE DU MOTIF D'INTERET GENERAL

Lors de l'annulation du licenciement pour cause de motif d'intérêt général, la jurisprudence prétend effectuer une balance d'intérêts. Elle préconise de ne pas porter d'atteinte excessive aux intérêts en présence⁸⁷⁵. En réalité, les « intérêts » en question se résument à l'intérêt de l'employeur – on voit mal comment l'annulation du licenciement heurterait les intérêts du salarié protégé.

Il y a donc au moins une apparente préservation des droits de l'employeur contre des atteintes excessives (A). Rarement utilisée, cette faculté de protéger les intérêts de l'employeur cache une défense de l'ordre public plutôt que de l'intérêt de l'employeur (B)

A. L'apparente préservation de l'intérêt de l'employeur

Le principe de proportionnalité⁸⁷⁶ connaît une déclinaison en droit du licenciement des salariés protégés. Lorsqu'il oppose un motif d'intérêt général au licenciement du salarié protégé, le juge ou l'administrateur ne doit pas heurter excessivement les intérêts de l'employeur.

⁸⁷³ CE, 23 juillet 2010, Boussereau, req. n°332355

⁸⁷⁴ CE, 29 octobre 1997, Sanyo contre Fekar, req. n°172137 ; CE, 13 décembre 2005, ANT c. Valadier, n°277748

⁸⁷⁵ CE, 5 mai 1976, Safer d'Auvergne, Rec. p. 232

⁸⁷⁶ CE, 19 mai 1933, Benjamin, rec. 541

Le Conseil d'Etat applique ce principe lors d'un arrêt *Ghazi et autres* de 1987⁸⁷⁷. Le 2 février 1983 à l'usine Citroën d'Aulnay-sous-Bois, un membre du conseil d'établissement et un délégué du personnel participent à un incident grave. Des groupes d'ouvriers s'en prennent à des salariés non-grévistes. Après les menaces destinées à contraindre ces derniers à quitter le travail et à se joindre à une manifestation, viennent les coups. Une vingtaine de salariés non-grévistes sont blessés. L'enquête contradictoire retient que les deux salariés protégés n'ont jamais eu un rôle modérateur dans cet incident. Au contraire, ils ont été meneurs.

Pour autant, l'inspecteur du travail n'autorise pas le licenciement le 11 mars 1983 au nom d'un motif d'intérêt général, décision implicitement confirmée par le ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale le 21 mars 1983. Par jugement du 2 juillet 1985, le Tribunal administratif de Paris annule ces décisions au motif que ce refus porte une atteinte excessive aux intérêts de l'employeur.

Le Conseil d'Etat confirme ce jugement. L'arrêt ne nous informe pas vraiment de la nature de l'atteinte excessive en question : il se contente d'une réutilisation de la formule générique du Tribunal administratif. Les conclusions du commissaire du gouvernement Yves Robineau sur cette même affaire sont plus instructives. Elles caractérisent l'atteinte excessive « par son caractère déraisonnable ou disproportionné, qui expose à des sujétions anormales ou créé par elle-même un trouble tel qu'un intérêt général ne saurait le justifier ».

Ce trouble est décrit plus en détail par la direction générale du travail⁸⁷⁸ : «le recours au motif d'intérêt général porte une atteinte excessive aux intérêts de l'entreprise si le salarié restait nonobstant la gravité de la faute. Cela lui conférerait une impunité, ce qui aurait pour effet de déstabiliser le pouvoir de direction de l'employeur ». Certains refus de licencier ruinent la supériorité hiérarchique de l'employeur : ils sont donc prohibés. Le juge se déclare gardien de la prééminence patronale au sein de l'entreprise. On peut accueillir avec circonspection ce ralliement aux intérêts de l'employeur. Sans doute cache-t-il la préservation de l'ordre public, plutôt que de l'intérêt de l'employeur.

⁸⁷⁷ CE, 1^{ère} et 4^e S.S.R, 9 octobre 1987, Mohammed Ghazi et autres, req. n° 71667, 71668, 71669 et 72068, rec. p. 309

⁸⁷⁸ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 98

B. La réelle préservation de l'ordre public

La jurisprudence *Ghazi et autres*⁸⁷⁹ précitée n'a pas pour but premier de préserver le pouvoir hiérarchique de l'employeur. L'argument d'un attachement à la capacité directive de l'employeur semble factice. L'objectif du contrôle du licenciement du salarié protégé vise précisément à briser la prééminence patronale sur les forces syndicales. C'est donc pour un autre dessein que la jurisprudence *Ghazi et autres* existe. Elle évite d'instaurer une impunité totale au salarié protégé qui aurait pour effet de déstabiliser l'ordre public.

D'autres exemples jurisprudentiels concordent pour prouver cette assertion. Le motif d'intérêt général ne peut être opposé au licenciement d'un salarié protégé dans le cas suivant : chef d'un magasin de produits alimentaires exploité par cette société, un salarié protégé avait procédé à d'importantes ventes de boissons spiritueuses en violation des dispositions fiscales applicables et avait fait régler ces ventes suivant des modalités contraires aux règles internes de l'entreprise en matière de paiement par chèque⁸⁸⁰. Une solution identique est appliquée au membre du comité d'entreprise qui entrave la liberté du travail, lorsqu'il débraye les machines de l'atelier lors d'une grève partielle et s'oppose à leur remise en marche par des agents non-grévistes⁸⁸¹. Et il en est de même pour le délégué du personnel qui, lors d'une grève de Renault-Marseille où se produisent divers destructions et incidents dont la séquestration du directeur et du directeur-adjoint de l'établissement, ne joue pas un rôle modérateur mais frappe au visage un agent de l'établissement et force l'entrée du bureau de la direction⁸⁸².

Le juge administratif prétend autoriser ces licenciements sans leur opposer un motif d'intérêt général, afin de garder le pouvoir de direction de l'employeur. Ce critère d'une protection proportionnée du pouvoir de direction nous paraît bien nébuleux, alors qu'une réalité bien plus simple et objective nous frappe à l'observation de ces trois décisions. Chacune d'entre elles voit un salarié protégé commettre une faute pénalement réprimée : la vente d'alcool en violation des sanctions pénales prévues par l'article 1810 du Code général des impôts, le délit d'entrave à la liberté du travail prévu à l'article 431-1 du Code

⁸⁷⁹ ⁸⁷⁹ CE, 1^{ère} et 4^e S.S.R., 9 octobre 1987, Mohammed Ghazi et autres, req. n° 71667, 71668, 71669 et 72068, rec. p. 309

⁸⁸⁰ CE, 27 juillet 1990, Nazir Naguib, req. n°89434

⁸⁸¹ CE, 13 novembre 1987, Société Anonyme Consortium Meyer Sansboeuf, req. n°67088

⁸⁸² CE, 11 janvier 1995, Régie Nationale des Usines Renault, req. n°129392

pénal ou, encore, l'action de porter des atteintes volontaires à l'intégrité physique de la personne.

Par ces décisions, le juge prévient les comportements pénalement réprimés. Il veille à ce qu'ils soient aussi sanctionnés par l'employeur, avec la rupture du contrat de travail. Le but premier de ces arrêts n'est donc pas de garantir la prééminence hiérarchique de l'employeur.

SECTION II. LE REFUS DU LICENCIEMENT POUR CAUSE DE LIEN AVEC LES FONCTIONS SYNDICALES

Dans *Germinal*, le directeur de la compagnie des mines de Montsou, Philippe Hennebeau, affirme lorsqu'il constate la grève dans ses mines : « *Je soupçonne un certain Etienne Lantier d'être leur chef. C'est un bon ouvrier, et cela m'ennuie d'avoir à lui rendre son livret* »⁸⁸³.

Cet extrait témoigne de la profonde contradiction entre les rôles de délégué et de salarié, que cumulent pourtant les salariés protégés. Pour les délégués-salariés, le rapport statutaire de délégué avec l'employeur est doublé d'un rapport contractuel de salariat⁸⁸⁴. Le représentant du personnel est réputé insubordonné, car il doit pouvoir librement agir pour « *la détermination collective des conditions de travail ainsi que [pour] la gestion de l'entreprise* »⁸⁸⁵. Toutefois, le salarié agit dans le cadre d'un lien de subordination, et fournit une prestation de travail contre une rémunération. Cette subordination, en tant que salarié, autorise son employeur à rompre son contrat de travail. Ainsi, le délégué-salarié demeure, du fait de son statut de salarié, sous la menace d'un licenciement, ce qui pourrait obérer sa liberté d'agir en tant que délégué.

Pour garantir la liberté syndicale, le licenciement du salarié protégé en raison de ses fonctions syndicales est interdit. Le Conseil d'Etat a pour principe que « le licenciement ne doit pas être en rapport avec les fonctions représentatives normalement exercées ou l'appartenance syndicale de l'intéressé »⁸⁸⁶. L'administration et le juge sont tenus de traquer un éventuel lien du licenciement avec le mandat du représentant du collectif. Le cas échéant, ils estiment légal le refus du licenciement. Dans ce processus, ces acteurs ne veulent pas galvauder ce refus. Ils souhaitent que le lien du licenciement avec l'appartenance syndicale soit solidement établi, à la suite d'une enquête contradictoire et par la découverte d'indices concluants.

Néanmoins, ce souhait n'est pas toujours suivi d'effets. Certains licenciements sont annulés à raison, car ils sont bien liés au mandat. Néanmoins, les faisceaux d'indices utilisés pour prouver la discrimination sont trop peu précis. Ils n'excluent pas une large

⁸⁸³ Emile Zola (1885), *Germinal*, Bouquins, p. 233

⁸⁸⁴ Cumul souligné par Alain Supiot (1974), *Le juge et le droit du travail*, Thèse, Bordeaux I, p. 495

⁸⁸⁵ Alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946

⁸⁸⁶ CE, Ass., 5 mai 1976, Société d'aménagement foncier et d'établissement rural et ministre de l'agriculture c/ Bernette, rec. p. 232

part d'erreur, où le lien du licenciement avec le mandat est démontré sur la base de présomptions fragiles. En l'état, le contrôle du lien avec les fonctions syndicales représente, pour le salarié protégé, une carte à jouer. Même si son licenciement n'est pas motivé par son mandat, il peut tenter de réunir ces « indices » libéralement définis par la jurisprudence pour prévenir son licenciement. La vérification de l'absence de lien avec les fonctions syndicales est parfois justifiée, mais représente dans certains cas une possible rédemption du salarié protégé qui aurait réellement commis une faute.

Le juge et l'administrateur désirent réellement aborder l'éventualité du lien avec le mandat avec rigueur (I). Néanmoins, les indices utilisés pour prouver la discrimination n'excluent pas toute préoccupation quant au sérieux de leur démarche. Fondée sur des présomptions friables, elle créerait un droit d'inertie au bénéfice du salarié protégé (II)

I. L'APPARENCE D'UNE VERIFICATION SOURCILLEUSE DU LIEN AVEC LES FONCTIONS SYNDICALES

Le principe d'absence de lien du licenciement avec les fonctions syndicales (§1) est fondamental pour l'administration, qui tente de l'appliquer avec rigueur (§2).

§1. LE PRINCIPE DE L'ABSENCE DE LICENCIEMENT AVEC LES FONCTIONS SYNDICALES

La jurisprudence affirme, depuis l'arrêt Safer d'Auvergne, que le lien du licenciement avec les fonctions syndicales du salarié protégé doit être prohibé. « Le licenciement ne doit pas être en rapport avec les fonctions représentatives normalement exercées ou l'appartenance syndicale de l'intéressé »⁸⁸⁷. Cette ligne de conduite s'applique aux licenciements pour motif disciplinaire, mais aussi pour d'autres fondements comme le motif économique⁸⁸⁸.

⁸⁸⁷ CE, Ass., 5 mai 1976, Société d'aménagement foncier et d'établissement rural et ministre de l'agriculture c/ Bernette, rec. p. 232

⁸⁸⁸ CE, 18 février 1977, Abellan, rec. p. 97 ; CE, 17 juin 1985, Mlle Marconnet et UL des syndicats CFDT de Cannes, n°39310 ; CE, 15 novembre 1996, Ministre du travail et M. Brasselet c. Société Guintoli, req. n°161761 et 171968 ; CE, 9 juin 2010, M. Bellagrouz contre Société Chevron Chemical Company, req. n°315938

La phrase précitée de Safer d'Auvergne est devenue rituelle. Elle fait partie du considérant de principe en matière de salariés protégés. Une recherche sur le site Legifrance⁸⁸⁹ révèle que plus de deux milles décisions de justice reprennent cette formule exacte. Mécaniquement, à chaque jugement ou arrêt, le magistrat déclare qu'il a bien vérifié l'absence de lien du licenciement du salarié protégé avec les missions de représentation syndicale.

§2. LA RECHERCHE DE L'ABSENCE DE LIEN AVEC LES FONCTIONS SYNDICALES

L'inspection du travail contrôle le lien avec les fonctions syndicales à l'aide d'un processus contradictoire (A) qui permet de réunir un faisceau d'indices (B).

A. Le processus contradictoire destiné à réunir les faits

La question de l'enquête contradictoire a déjà été abordée dans le premier titre de la première partie de cette thèse⁸⁹⁰. Il s'agit d'un processus normé, divisé en phases précises, proche d'un protocole scientifique. L'enquête contradictoire est fondée sur l'investigation active (interrogatoires, recherches) comme passive (écoute, observation). Elle laisse les parties prendre connaissance des résultats de l'enquête et pouvoir formuler des appréciations.

L'arrêt *Perreux* de 2009⁸⁹¹ est ici instructif pour aborder la démarche de l'administration et du juge lors du contrôle de l'absence de lien. Dans l'affaire, il n'est pas question d'un licenciement mais d'une mesure discriminatoire⁸⁹². Toutefois, le contrôle

⁸⁸⁹ <http://legifrance.gouv.fr/>, le service public de la diffusion du droit

⁸⁹⁰ Voir p. 65

⁸⁹¹ CE Ass., 30 octobre 2009, Madame Perreux, Rec. 407, conclusions Guyomar. Le commentaire du GAJA s'est aussi avéré précieux pour aborder cet arrêt (Grands arrêts de la jurisprudence administrative Dalloz, 2007, p. 927)

⁸⁹² Le licenciement est une mesure discriminatoire au sens de l'article L.1132-1 du Code du travail : Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, **licencié** ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L.3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de

effectué est très semblable à celui qui fait l'objet de notre intérêt. Madame Perreux est membre du Syndicat de la magistrature. Elle souhaite obtenir un poste de chargé de cours à l'Ecole nationale de la magistrature. A trois reprises, sa candidature est repoussée. En définitive, Madame Perreux forme un recours contre l'arrêté du garde des sceaux nommant une autre candidate au poste. Elle estime que sa candidature a été écartée en raison de son engagement syndical.

Dans cette affaire, l'administration de la charge de la preuve de la discrimination est une question centrale. Le Conseil d'Etat a saisi l'occasion pour présenter les règles applicables en la matière. La procédure reste principalement inquisitoire. Les éléments factuels sont donc surtout réunis par l'administration ou le juge, mais la recherche des preuves combine aussi des traits d'un système accusatoire. Ainsi, la charge de la preuve de la discrimination appartient au demandeur, tandis que le défendeur peut fournir tous éléments permettant de réfuter les prétentions du premier.

Pour reprendre les mots de l'arrêt Perreux, il appartient de manière générale au juge administratif, dans la conduite de la procédure inquisitoire, de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction. Il appartient au requérant qui s'estime lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de la faire présumer, et il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. La conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires. En cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile⁸⁹³.

Le travail de l'inspection du travail est comparable à celui du juge, au moins sur le plan de l'administration de la preuve. Les inspecteurs du travail peuvent alors utiliser les pouvoirs qui leurs sont conférés par le Code du travail⁸⁹⁴. Ils peuvent se faire communiquer

classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap.

⁸⁹³ 8^e Considérant de CE Ass., 30 octobre 2009, Madame Perreux, Rec. 407, conclusion Guyomar

⁸⁹⁴ Article L.8113-5 du Code du travail

tout document ou tout élément d'information, quel qu'en soit le support, utile à la constatation de faits susceptibles de vérifier le respect de l'application des dispositions des articles L.1132-1 à L.1132-4 du code du travail et de celles de l'article 225-2 du code pénal, relatives aux discriminations. Les éléments déterminants recueillis sont, dans une démarche contradictoire, communiqués aux deux parties – sauf si leur communication porte un préjudice grave aux parties en présence.⁸⁹⁵

B. La méthode du faisceau d'indices

Pour déceler la discrimination derrière le licenciement, le juge administratif s'en remet à la méthode du faisceau d'indices. Cette méthode a déjà été testée et éprouvée pour qualifier un service public d'industriel et commercial⁸⁹⁶. Dans ce contexte, le juge administratif associe et combine divers critères pour révéler une qualification juridique⁸⁹⁷. Face à une discrimination de salarié protégé, sa technique est comparable : il relève la présence ou l'absence d'éléments qui présument d'une discrimination.

II. LA CREATION D'UN VERITABLE DROIT D'INERTIE AU BENEFICE DU SALARIE PROTEGE

Cette méthode de contrôle du refus du licenciement instaure un droit d'inertie au bénéfice du salarié protégé. Elle se fonde sur des présomptions plus que sur des faits concluants. La motivation des décisions en matière de discrimination n'a donc pas besoin

⁸⁹⁵ CE 9 juil. 2007, Sangare, req. n°288.295 : « Considérant que le caractère contradictoire de l'enquête menée conformément aux dispositions de l'article R.436-4 du code du travail impose à l'inspecteur du travail, saisi d'une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé fondée sur un motif disciplinaire, de mettre à même l'employeur et le salarié de prendre connaissance de l'ensemble des éléments déterminants qu'il a pu recueillir, y compris des témoignages, et qui sont de nature à établir ou non la matérialité des faits allégués à l'appui de la demande d'autorisation ; que toutefois, lorsque la communication de ces éléments serait de nature à porter gravement préjudice aux personnes qui les ont communiqués, l'inspecteur du travail doit se limiter à informer le salarié protégé et l'employeur, de façon suffisamment circonstanciée, de leur teneur »

⁸⁹⁶ Conclusions Laurent sur CE, Ass., 16 novembre 1956, Union Syndicale des industries aéronautiques, D. 1956.759

⁸⁹⁷ Commentaire de TC, 22 janvier 1921, Société Commerciale de l'Ouest Africain, Rec. 91 aux Grands arrêts de la jurisprudence administrative Dalloz, 2007, p. 222

d'être très étayée pour aboutir.

Le faisceau d'indices utilisé pour découvrir la discrimination se fonde sur des éléments peu déterminants. Ils sont soit liés à la personne du salarié protégé (§1), soit à son environnement professionnel (§2).

§1. LES INDICES LIES A LA PERSONNE DU SALARIE PROTEGE

Dans leur quête de discernement d'une éventuelle discrimination, le juge et l'administrateur passent au crible l'activité du salarié protégé. Ils scrutent ses actions en tant qu'exécutant d'un contrat de travail (A) et en tant que représentant d'intérêts collectifs (B).

A. Les conditions d'exécution du contrat de travail comme révélateur

Les faits survenus pendant l'exécution du contrat de travail sont tenus pour des indices d'une discrimination. Si le salarié protégé est discriminé au travail, son licenciement pourrait être aussi discriminatoire.

De nombreuses tentatives de l'employeur de licencier un salarié suffisent parfois à démontrer à elles seules une discrimination. Il en est ainsi de cette salariée qu'une entreprise, la Société Limoges Castel, a essayé plusieurs fois de licencier. Une première autorisation de licenciement pour faute la concernant est présentée le 8 octobre 1992 et fait l'objet d'une décision de refus de la part de l'inspecteur du travail, confirmée par le ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle le 12 février 1993. Puis, le 23 février 1993, la société Limoges Castel dépose une nouvelle demande de licenciement à l'encontre du salarié protégé - pour motif économique cette fois. L'inspection du travail refuse une nouvelle fois d'accorder l'autorisation, au motif que les considérations de la demande tiennent essentiellement à la personne de la salariée. Dans ces conditions, il a été jugé que le licenciement n'était pas dépourvu de lien avec ses fonctions syndicales et représentatives⁸⁹⁸.

Les arguments visant à prouver la discrimination par l'activité du salarié ne sont pas toujours convaincants. La direction générale du travail fournit d'autres indices aux inspecteurs du travail pour qu'ils identifient les licenciements discriminatoires. Elle cite

⁸⁹⁸ CE, 15 décembre 1997, Société Limoges Castel, req. n°169792 et 169793

alors diverses jurisprudences de la Cour de cassation. La haute juridiction y repère plusieurs pratiques discriminatoires : « les comportements vexatoires, une mise à l'écart du salarié⁸⁹⁹ ou encore la privation de travail⁹⁰⁰ », « l'absence d'évolution dans la carrière⁹⁰¹ ». Ou encore, la non obtention d'une « augmentation individuelle alors que l'employeur avait pris l'engagement dans le cadre de la négociation obligatoire d'accorder une hausse pour chaque salarié – sauf lorsque la disparité est justifiée par les diplômes, l'ancienneté du salarié dans les fonctions exercées et l'expérience du salarié⁹⁰² »⁹⁰³.

La direction générale du travail donne un faisceau d'indices qui sera peut-être utilisé par certains inspecteurs du travail pour vérifier l'absence du lien avec le mandat. Or, ces décisions jurisprudentielles mentionnent bien des discriminations, mais n'en déduisent pas que leur présence qualifie un licenciement de discriminatoire. Il n'y a pas de causalité directe entre être discriminé pour ces faits et être licencié. Un salarié protégé peut avoir été défavorisé par son employeur et avoir réellement commis une faute d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement. Il doit obtenir réparation du premier préjudice, mais ne peut voir la rupture de son contrat de travail annulée si la faute qualifiée a bien été commise. La confusion de la direction générale du travail trahit soit une faible prise sur la technicité de la matière, ce que l'on aurait peine à croire, soit une tentative de fournir des arguments favorisant le refus de l'autorisation de licencier.

B. Les conditions d'exécution du mandat comme révélateur

Le licenciement est discriminatoire au sens de la jurisprudence si certains indices relatifs à l'exercice du mandat de représentation collective sont détectés. Il en est ainsi quand le salarié protégé vient de se présenter aux élections professionnelles et est visé peu de temps après par une procédure de licenciement⁹⁰⁴. De même, si les faits retenus à l'encontre du salarié protégé pour justifier légalement son licenciement pour faute grave ne

⁸⁹⁹ Cass. Crim., 27 juin 2000, req. n°99-86894

⁹⁰⁰ Cass. Crim., 2 septembre 2003, req. n°02-86048

⁹⁰¹ Cass. Soc., 19 octobre 2010, M. X c. Société Pfizer Global Manufacturing, req. n°08-44247

⁹⁰² Cass., 28 février 2007, Société idex, req. n°06-41710

⁹⁰³ Les trois citations entre guillemets sont tirées de la Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 95

⁹⁰⁴ CE, 30 janvier 1981, Madame Godefroy, req. n°24114 ; CE, 15 novembre 1985, M. Vanoucke, req. n°48415

sont relevés qu'après que l'intéressé ait posé sa candidature aux fonctions de délégué du personnel, cela prouve que le licenciement intervenu était en rapport direct avec cette candidature⁹⁰⁵.

Ces décisions sont fondées sur des liens logiques spécieux. Des faits justifiant un licenciement peuvent avoir été commis juste après une candidature aux élections professionnelle. De manière générale, la simultanéité d'un licenciement avec une candidature n'est pas en soi une preuve d'une discrimination : elle peut autant s'inscrire dans une logique discriminatoire que dans un processus juste. Il n'y a pas plus de certitude après avoir constaté cette concomitance. Cette critique s'applique aussi au fait de prendre pour indice d'une discrimination l'engagement syndical particulièrement marqué du représentant du personnel⁹⁰⁶.

Dans ses *Considérations Inactuelles*, Nietzsche affirme qu'il n'y a pas de fait en soi, et qu'il faut toujours introduire du sens dans un fait pour qu'il soit compréhensible. Ici, il faudrait être renseigné sur les intentions des acteurs, sur le sens qu'ils donnent aux faits, pour vraiment identifier la discrimination. Avec cette jurisprudence, le juge ne se soucie pas de découvrir les mobiles des acteurs qui sont pourtant déterminants. Il préfère introduire un sens qu'il produit lui-même. Le juge est en danger de solipsisme⁹⁰⁷. Il ne considère que ses sensations et ses sentiments comme certitude⁹⁰⁸.

§2. LES INDICES LIES A L'ENVIRONNEMENT PROFESSIONNEL

L'environnement professionnel est aussi présenté comme révélateur d'une discrimination. Par exemple, le Conseil d'Etat a reconnu l'intention discriminatoire par le

⁹⁰⁵ CE, 20 janvier 1988, Société Key Informatique, req n°62938,

⁹⁰⁶ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, p. 95

⁹⁰⁷ On donne ici un sens péjoratif à solipsisme. « Toutes les inclinations ensemble (qui peuvent bien aussi entrer dans un système et dont la satisfaction s'appelle alors le bonheur personnel) constituent l'égoïsme : Selbstsucht (solipsismus). L'égoïsme, c'est ou bien l'amour de soi (Selbstliebe), la bienveillance envers soi-même par-dessus toute chose (philautia) ou bien la complaisance envers soi-même (arrogantia) » (Kant, Critique de la raison pratique, 1, 1, 3).

⁹⁰⁸ Reprise de la définition du solipsisme par le Dictionnaire français, Larousse, 2013

constat de conflits entre l'employeur et les syndicats présents dans son établissement⁹⁰⁹. La même critique peut être effectuée. On pourrait ajouter que le juge s'appuie sur des éléments encore plus distants de la personne du salarié pour caractériser l'intention discriminatoire. Cette distance accrue nuit à l'établissement de la vérité. La discrimination se fonde sur une démarche subjectivée, individualisée – pas sur des éléments de contexte.

⁹⁰⁹ CE, 4 décembre 1987, Institut d'éducation motrice - institut médico professionnel de Brighton-les-Pins, req. n°81158

CONCLUSION CHAPITRE II

La jurisprudence *SAFER d'Auvergne* a institué un système servant les intérêts du salarié. Le motif d'intérêt général s'opposant au licenciement opère un premier filtre. En effet, l'intérêt général attaché au maintien du salarié protégé est parfois défini trop vaguement. Ensuite, le salarié protégé peut plaider un lien de son éviction avec l'exercice de ces mandats. Ce lien est établi avec des présomptions faibles plus qu'avec des preuves tangibles. Les critères jurisprudentiels de l'intérêt général et du lien avec le mandat représentent donc des opportunités d'annulation du licenciement disciplinaire, même si une faute qualifiée est retenue.

CONCLUSION TITRE II

Par deux moyens complémentaires – le pouvoir créateur de la loi et celui de la jurisprudence - les pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires organisent l'impunité du salarié protégé. Celle-ci s'apparente à une véritable rédemption. Malgré sa faute, le salarié protégé peut être sauvé et éviter un licenciement justifié.

CONCLUSION PARTIE II

De cet examen des règles d'évaluation de la faute du salarié protégé, on retiendra qu'elles sont favorables à ce dernier. La faute d'une gravité suffisante exigée aboutit sur une certaine permissivité des manquements disciplinaires du salarié protégé. Dans l'hypothèse où cette faute qualifiée est démontrée, d'autres motifs peuvent empêcher le licenciement : soit l'amnistie, soit un motif d'intérêt général, soit encore la présomption d'un lien du licenciement avec le mandat. Cette faveur accordée au salarié protégé crée un déséquilibre excessif dans les relations avec l'employeur, mais aussi une inégalité dérangeante vis-à-vis des autres salariés.

CONCLUSION GENERALE

Interrogé sur les raisons du maintien du système carcéral au XIXe siècle malgré son incapacité à réinsérer, Michel Foucault donne une réponse pour le moins surprenante. La prison acquiert une utilité car elle forme une main d'œuvre dont la société a besoin. L'école fournit des travailleurs de la révolution industrielle, la prison produit des délinquants aptes à contrôler les premiers. C'est dans l'univers fermé de la prison que se préparent les briseurs de grèves de demain, capables d'un déchaînement de violence pour faire taire les revendications ouvrières⁹¹⁰. La théorie de Foucault est illustrée par le film de Sergio Leone, *Il était une fois en Amérique*, situé durant les années folles. Le personnage principal du film joué par Robert de Niro est envoyé en prison à l'âge de douze ans. A sa sortie dix ans plus tard, il intègre le grand banditisme. L'une de ses premières missions est de torturer un leader syndical ayant initié un *lock-out*.

La liberté syndicale ne survit pas à l'absence de l'Etat. Il doit s'immiscer dans les relations entre l'employeur et le salarié pour la faire respecter. Sans cette intervention, la sécurité des représentants syndicaux et la sérénité du dialogue social sont impossibles. La soumission du licenciement disciplinaire du salarié protégé à une autorisation préalable est une immixtion législative légitime. Néanmoins, elle est si mal pensée qu'elle génère à son tour un nouveau déséquilibre. Son ignorance des réalités de l'entreprise décourage l'effort et provoque une perte de dynamisme.

Une réforme du système s'impose. Elle n'impliquerait pas uniquement des juristes, mais aussi des spécialistes du management, des psychologues, des macroéconomistes. Si les ressources budgétaires n'abondent pas en France, les corps de contrôle et autres réservoirs d'experts sont encore nombreux. Sans doute sauraient-ils explorer les aspects extrajuridiques du problème. Dans l'attente d'un tel bouleversement, le premier lieu d'évolution se situe dans les tribunaux et les Cours d'appel. Des moyens puissants peuvent être invoqués pour contrer les abus les plus manifestes. Nul doute que les nouveaux outils tels que la question prioritaire de constitutionnalité pourront être utilisés. En l'absence d'initiative du haut, le changement viendra d'en bas.

⁹¹⁰ Michel FOUCAULT, A propos de l'enfermement pénitentiaire, *Pro Justitia*, Revue politique de droit, t. I, octobre 1973, pp. 7 : « Ce qui me frappe dans le système pénal et plus particulièrement dans le système carcéral, c'est que tout individu qui y passe (...) constitue (...) une sorte de population marginale dont le rôle reste curieux (...). Il devient une force de pression éventuelle sur le prolétariat. Et c'est en effet chez ces gens-là que l'on recrute la police, les indicateurs, les jaunes, les briseurs de grève, etc. ».

BIBLIOGRAPHIE

I. MANUELS ET OUVRAGES GENERAUX

BENTHAM J., Introduction to the Principles of Morals and Legislation, Oxford Clarendon Press, Mille et une nuits, 1789

BENTHAM J., Le Panoptique : mémoire sur un nouveau principe pour construire des maisons d'inspection, et nommément des maisons de force, 1780

BESSIERE J., L'inspection du travail, rapport remis au Ministre délégué aux relations de travail, La documentation française, 2005

BREDA T., Le licenciement du salarié protégé, Paris School of Economics, 2009

BOYER L. et ROLAND H., Adages du droit français, Litec, 1999

BONNECHÈRE M., Le droit du travail, La Découverte, 2008

BOSSU B., DUMONT F. et VERKINDT P., Droit du travail, Introduction et Relations individuelles du travail, Tome 1, Montchrestien, 2008

BUCHANAN J., Public Principles of Public Debt : a Defense and Restatement, Library of Economics and Liberty, 1999

CAHUC P., KRAMARZ F., De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle, La documentation française, 2005

CASTEL R., L'insécurité sociale, Seuil, 2003

CORNU G., Vocabulaire juridique 8^e édition, PUF, 2007

COUTURIER G., Traité de droit du travail, Les relations individuelles de travail, PUF, 1996

COLLECTIF, Etudes offertes à J. Pélissier, Analyse juridique et valeurs en droit social, Dalloz, 2004

COLLECTIF, L'inspection du travail en France en 2004, Rapport au BIT, La documentation française, 2005

CONSEIL D'ETAT, Réflexions sur l'intérêt général – Rapport Public, 1999

CAMERLYNCK G., Droit du travail, Le contrat de travail, Dalloz, 2^{ème} éd., 1982

COEURET A., GAURIAU B. et MINÉ M., Droit du travail, Sirey, 2^{ème} éd., 2009

CROZIER M., Le pouvoir comme fondement de l'action organisée, Gaëtan Morin éditeur, 1987

DAEL S., Rapport sur l'unification des services d'inspection du travail, BInstitut National du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle et liaisons sociales documents,

1993

DANHAUSER A., Théorie de la musique (édition revue et augmentée), Henry Lemoine, 1996

DELVOLVE P., Paradoxe du (ou paradoxes sur) le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, in Mélanges Chapus, 1992, Dalloz

DESPAX M., Traité de droit du travail, Négociations, conventions et accords collectifs, Dalloz, 2 ème éd., 1989

DRUCKER P., Au-delà du capitalisme, Dunod, 1993

DURAND P., Traité de droit du travail, Dalloz, 1960

FRIER P.-L., J. PETIT, Précis de droit administratif (6^e édition), Montchrestien, 2010

GACON S., L'amnistie, de la commune à la Guerre d'Algérie, Editions du seuil, 2002

GERGORIN J.-L., Stratégie et relations internationales, Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1988

GRAVIER J.-F., Paris et le désert français, Flammarion, 1947

HAGEN R.-M., Les dessous des chefs d'œuvres, Taschen, 2010

HIRSCHMAN A., Défection et prise de parole, Fayard, 1970

INSPECTION GENERALE DES FINANCES, Evaluation de la mise en place des Direccte, février 2012

JUVENAL, Les femmes romaines, vers 60-130

KAFKA F., Le Château, Folio, 1926

KANT E., Critique de la raison pratique, Folio, 1788

KAPP T., RAMACKERS P., TERRIER J.-P., Le système d'inspection du travail en France (2^e édition), Editions liaisons, 2012

LINDBECK A. et SNOWER D. J., The Insider-Outsider Theory of Employment and Unemployment, Cambridge, 1989

LONG M. et alii, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative (18^e éd), Dalloz, 2007

MAILLARD DESGREES DU LOU D., Droit des relations de l'administration avec l'utilisateur, PUF, 2000

MICHEL J., Les recours administratifs gracieux, hiérarchiques et de tutelle, La documentation. Française, 1996

NORA P. et alii, Les lieux de Mémoire, Gallimard, 1992

NORDHAUS W., The political Business Cycle, Yale University Press, 1975

NORTH D., Empirical Studies in institutional Change, Cambridge University Press, 1990

OECD, Indicators on Employment Protection, OECD Press, 2008

INVS, Amnistie présidentielle et sécurité routière – Rapport d'un groupe d'experts, Presses de l'INVS, 2002

PELISSIER J. et alii, Droit du travail (23^e édition), Dalloz, 2006

PORTALIS J.-E.-M., Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de Code civil, 1801

PRADEL V., Le licenciement du salarié protégé pour son comportement dans l'exercice de son mandat, Université Paris-XII, 2012

RAY J.-E., Droit du travail, Droit vivant, Editions liaisons, 18^{ème} éd., 2009

ROSE H., STRUILLOU Y., Droit du licenciement des salariés protégés, Economica, 2011

RAWLS J., A theory of justice, Havard University Press, 1971

RICHELIEU, Testament politique, Perrin, vers 1640

SHAPIRO C., VARLAN H., Information rules : a strategic guide to the network economy, Harvard Business School Press, 1998

STEINBECK J., Les raisins de la colère, Folio, 1940

SUN TZU, L'art de la guerre, vers -500

SUPIOT A., Le juge et le droit du travail, Thèse, Bordeaux I, 1974

TEYSSIÉ B., Droit du travail, Relations individuelles de travail, Tome I, Litec, 2^{ème} éd., 1992

THOMSON P., Handbook of the Economics of Innovation, Elsevier, 2010

WOOG J.-C., Pratique professionnelle de l'avocat, Litec, 1993

ZWEIG S., La pitié dangereuse, Grasset, 1939

II. ARTICLES, CHRONIQUES, NOTES ET CONCLUSIONS

BEZIZ L., Le pouvoir disciplinaire à l'épreuve des mandats, Semaine Sociale Lamy n°2011-1477, 2011

BLACK D., On the Rationale of Group Decision-Making, Journal of Political Economy, vol. 56, No. 1 (feb. 1948), pp. 23-34

CHAUDEY M., La théorie de la firme, Site internet de l'Ecole Normale Supérieure de Lyon, 2011

CHEKKAR R., ONEE S., Autopsie d'un mouvement social. La Société générale (1992-1994), Revue française de gestion, 2011, n° 217, p. 137-153

COLLECTIF, Numéros juridiques Liaisons Sociales, n° 2012-3, Lamy, 2012

CORNEILLE L.-F., Conclusions sur CE, 20 juin 1913, Téry, req. 736, 1913

DESPAX M., La vie extraprofessionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail, JCP 1963, I, 1776.

DONDOU P., Le contrôle du juge administratif sur les décisions administratives relatives aux licenciements des représentants du personnel : la nouvelle jurisprudence du Conseil d'Etat, Dr. Soc. 1976 p. 352

DUMORTIER G., Conclusions sur CE, 15 décembre 2010, M. Renault c. Société Onyx, req. n° 316856, 2010

HOLCMAN R., Responsabilité, irresponsabilité, pouvoir – Réflexions sur la relation hiérarchique, Revue française de gestion, n° 196, 2009, p. 67

FOUCAULT M. , A propos de l'enfermement pénitentiaire, Pro Justitia, Revue politique de droit, t. I, octobre 1973, p. 7 et s.

FOUQUET O., L'impartialité des vérificateurs fiscaux, revue administrative, n°369, 2009

FRANCOIS M., Note sur les lettres de rémissions transcrites dans les registres du trésor des chartes, 1942, Bibliothèque de l'école des chartes, volume 103, pp. 317-324

GREVY M., Syndicats professionnels – Faute dans l'exercice du mandat, Répertoire de droit du travail n°87, 2012

GUIONIN, Conclusions sur CE, Sect., 12, juillet 1955, Grunberg, Rec. p. 407, 1955

JARDAT R., « How democratic internal law leads to low cost efficient processes : practices as a medium of interaction between institution and organization », Society and Business Review, Vol 3, n°1

JOBART J.-C., La Notion de Constitution chez Aristote, Revue française de droit constitutionnel 1/2006 (n°65), p.97-143

LAURENT A., Conclusions sur CE, Ass., 16 novembre 1956, Union Syndicale des industries aéronautiques, D. 1956.759

LUDWIG P., Concept vagues et frontières floues, Pour la Science n°50, Décembre 2006

LYON-CAEN G., Les libertés publiques et l'emploi, Rapport pour le ministère du travail, 1992

LOCKE J., Essai sur la connaissance humaine (Livre IV), 1690

MEADE J., External economies and diseconomies in a competitive situation, The economic journal (vol. 52), 1952, P. 54-67

PARIENTE J., A l'inspection du travail, on n'est pas assez nombreux et les entreprises le savent, Lemonde.fr, 2012

RADE C., Liberté, égalité, responsabilité, in Cahiers du Conseil constitutionnel n°16, juin 2004

ROMIEU, Conclusions sur CE, 28 décembre 1906, Syndicat des Patrons-Coiffeurs de Limoges, Rec. 977, 1906

SAUVE J.-M., Discours rendu pour la célébration des vingt ans du Tribunal de première instance des Communautés européennes, Luxembourg le 25 septembre 2009

WAQUET P., Le Trouble objectif dans l'entreprise : une notion à redéfinir, Revue de droit du travail, 2011 p. 304

WAHNICH S., L'amnistie comme pratique politique démocratique, 2005, GIP Recherche droit et justice, p. 14

III. Traités et conventions

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950

Convention n° 81 de l'OIT sur l'inspection du travail, 11 juillet 1947

Convention n°135 de l'OIT concernant la protection des représentants des travailleurs dans l'entreprise et les facilités à leur accorder, 23 juillet 1971

Convention n°158 de l'OIT concernant la cessation de la relation de travail à l'origine de l'employeur, 22 juin 1982

IV. Circulaires, instructions et notes administratives

DIRECTION GENERALE DU TRAVAIL, Circulaire DGT n°2002-17 du 16 septembre 2002 relative à l'application de la loi n°2002-1062 du 6 août 2002 portant amnistie, 2002

DIRECTION GENERALE DU TRAVAIL, Instruction DGT 2007/08 relative au traitement d'une demande d'autorisation du licenciement de salariés protégés à raison de faits commis dans l'exercice du mandat, 2007

DIRECTION GENERALE DU TRAVAIL, Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, 2012

DIRECTION GENERALE DU TRAVAIL, Note DGT/SAT/DASC du 12 mars 2010 relative aux délégations de signature dans le domaine des actions d'inspection de la législation du travail et à l'organisation de l'intérim des inspecteurs du travail, 2010

V. Index de la jurisprudence

§1 – Jurisprudence administrative

A. CONSEIL D'ETAT

1906

CE 28 décembre 1906, Syndicat des Patrons-Coiffeurs de Limoges, rec. 977

1913

CE 20 juin 1913, Téry, rec. 736, concl. Corneille

1919

CE 10 janvier 1919, Arrighi de Casanova, rec. 11

1922

CE 3 novembre 1922, Dame Cachet, rec. 790

1933

CE 19 mai 1933, Benjamin, rec. 541

1936

CE Sect. 7 avril 1936, Jamart, rec. 172

1938

CE 22 juin 1938, Salvayre, rec. 570

1944

CE 5 mai 1944, Dame Veuve Trompier Gravier, rec. 133, concl. Chenot

1950

CE Ass. 17 févr. 1950, Dame Lamotte, rec. 110

1951

CE 9 mars 1951 Société des concerts du conservatoire, rec. 151

1954

CE Ass., 28 mai 1954, Barel, rec. 308

1956

CE sect. 20 avril 1956, Ecole professionnelle de dessin industriel, rec. 163

1964

CE 24 avril 1964, Société anonyme coopérative d'habitation à bon marché de Vichy-Cusset-Bellerive, rec. 244

1970

CE 6 mai 1970, Axuire, req. n°74621

1971

CE 20 juillet 1971, Méhut, req. n°81352

1973

CE Ass., 29 juin 1973, Syndicat général du personnel de la Compagnie des wagons-lits, req. n°77982

CE Sect., 7 décembre 1973, Ministre de l'agriculture et du développement rural contre société civile agricole des Nigritelles, req. n°088252

1976

CE 5 mai 1976, Safer d'Auvergne, rec. p. 232

1977

CE 18 février 1977, Abellan, rec. p. 97

CE 9 décembre 1977, Société Gallice, req. n°03370

1979

CE 1er juin 1979, Société Soviali, req. n°09231

CE 27 juin 1979, Manufacture des pneumatiques Michelins, req. n°13069

1980

CE 16 mai 1980, SA Clinique Sainte-Croix, req. n°14022, rec. 231

1981

CE 30 janvier 1981, Madame Godefroy, req. n°24114

CE 4 février 1981, Société compagnie cinématographique cannoise, req. n°19870, rec. p. 46

CE 20 mars 1981, Atoussi, rec. 162

1982

CE 11 février 1982, Le Duff, req. n°36143

CE 26 février 1982, Philippe, req. n°10901

1983

CE 9 février 1983, Lataste, req. n°32403

CE 29 avril 1983, Guelmane, req. n°11494

1984

CE 25 avril 1984, Legoff, req. n°39515

CE 5 novembre 1984, Tollari, req. n°50856

CE 16 novembre 1984, Société Floralux, req. n°43035

1985

CE 25 janvier 1985, Gutmann, req. n°63315

CE 10 mai 1985, Fédération nationale agroalimentaire et forestière CGT, req. n°45191

CE 15 mai 1985, M. Kolak, req. n°49759

CE 17 juin 1985, Mlle Marconnet et UL des syndicats CFDT de Cannes, req. n°39310

CE 25 juil. 1985, Ministre du travail et de la participation et Sté des établissements Brossette c/ Gonalons et Martin, req. n°19.417 et 19.589

CE 16 octobre 1985, Le Goff, req. n°42914

CE 15 novembre 1985, M. Vanoucke, req. n°48415

1986

CE 21 mai 1986, Syndicat national des pharmaciens des hôpitaux des centres universitaires, rec. p. 146, req. n°48495 et 53048

1987

CE 6 mars 1987, Société « les terreaux de France », rec. 977

CE 11 mars 1987, ONI, req. n°53984

CE 29 mai 1987, Benin, req. n°72669

CE 15 juin 1987, Société impression et publicité, req. n°75505

CE 22 juin 1987, Le Marec, req. n°74627

CE 20 août 1987, Aguerre, req. n°70132

CE 1ere et 4e S.S.R, 9 octobre 1987, Mohammed Ghazi et autres, req. n°71667, 71668, 71669 et 72068, rec. p. 309

CE 13 novembre 1987, Société Anonyme Consortium Meyer Sansboeuf, req. n°67088

CE 4 décembre 1987, req. n°61376

CE 4 décembre 1987, Ministre des affaires sociales c/ Société Monoplast, req. n°72379

CE 20 décembre 1987, Louat, req. n°72437

1988

CE 20 janvier 1988, Société Key Informatique, req. n°62938

CE 13 avr. 1988, Dailedouze, req. n°69763

CE 4 mai 1988, Etablissements Roger Martinet, req. n°84237

CE 15 juin 1988, Gousset, req. n°78270

CE 19 octobre 1988, Société d'exploitation des magasins utilitaires Monoprix, rec. 351

1989

CE sect., 6 janvier 1989, Société Automobiles Citroën, req. n°84757, 85033 et 85034, rec. 5

CE 22 février 1989, Société aliments Piéto, req. n°66589-66648

CE 19 avril 1989, Association départementale du Vaucluse de sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence, req. n°78044

CE 21 avril 1989, Société d'optique électronique et mécanique, req. n°90549

CE 2 juin 1989, Compagnie française de l'azote, req. n°68320

CE 3 novembre 1989, S.A. OTP Xerox, req. n°93172

1990

CE 12 février 1990, Oberlander, req. n°88256

CE 16 mars 1990, Société Comatec, req. n°98054

CE 30 mars 1990, Degorge-Böette, req. n°90237

CE 11 juin 1990, SA Crédit Lyonnais, req. n°92991

CE 27 juin 1990, Association du Foyer des jeunes travailleurs Victor Hugo c/ Ministre des affaires sociales et de l'emploi, req. n°104790

CE 27 juillet 1990, Nazir Naguib, req. n°89434

1991

CE 7 janvier 1991, Chambre du commerce et de l'industrie de Digne et des Alpes de Haute Provence, req. n°122191

CE 8 avril 1991, Sangle-Ferrière, req. n°100427

CE 11 juin 1991, Moussu, req. n°101920

CE 1ere et 4e S.S.R., 17 juin 1991, Régie Nationale des Usines Renault c. M. Gérard Six, req. n°112371-112817

1992

CE 1er avril 1992, Moreau, req. n°112826

CE 19 juin 1992, Mutuelle générale des PTT, req. n°107788

CE 22 juillet 1992, Edegdag, req. n°121082

CE 22 juillet 1992, Cirelli rec. 1348

1993

CE 17 février 1993, Ministre de l'économie, des finances et du budget, req. n°105549

CE 17 février 1993, Duga, req. n°116531

CE 7 mai 1993, SA Compagnie industrielle des chauffe-eau, req. n°109464

CE 29 juillet 1993, Société transports André Izard et Compagnie, req. n°140778

CE 8 novembre 1993, Mutuelles de Bretagne, req. n°120034

CE 8 nov. 1993, Humbert, req. n°129015, rec. p. 1071

CE 10 novembre 1993, Stroisch, req. n°112793

1994

CE 7 février 1994, Chenouffi et autres, req. n°102568

CE 18 février 1994, Syndicat des pharmaciens du Puy de Dôme et Conseil régional de l'Ordre des pharmaciens, req. n°124961

CE 25 février 1994, Mancuso, req. n°113903

CE 7 mars 1994, Dargniat, req. n°116932

CE 11 mars 1994, Chauvignat, req. n°116071

CE 29 avril 1994, Danton, req. n°102967

CE 3 octobre 1994, Tournant, req. n°120749

CE 21 déc. 1994, Société lyonnaise de banque, req. n°127898

1995

CE 11 janvier 1995, Régie Nationale des Usines Renault, req. n°129392

CE 11 janvier 1995, Comité mosellan de sauvegarde de l'enfance, req. n°129995

CE 1 février 1995, Société Midica, req. n°143661

CE 16 juin 1995, Société d'intérêt collectif bétail et viande de l'amiénois, req. n°133569

CE 16 juin 1995, Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, req. n°143437

CE 10 juillet 1995, Fontaine, req. n°145130

CE 30 octobre 1995, Lancois, req. n°147293

CE 29 décembre 1995, Primereur, req. n°133488

CE 29 décembre 1995, Crédit commercial de France, req. n°153452

1996

CE 16 février 1996, Molinari, req. n°151401

CE 21 août 1996, Genin, req. n°149249

CE 15 novembre 1996, Ministre du travail et M. Brasselet c. Société Guintoli, req. n°161761 et 171968

CE 28 juin 1996, Association L'œuvre d'Ormesson et de Villiers, req. n°150834

CE Ass., 3 juillet 1996, Koné, rec. 255

CE 2 février 1996, Suburbaine de canalisation et de grands travaux, req. n°133455

CE 22 janvier 1996, Madame Guilbert, req. n°119127

1997

CE 19 février 1997, Pecoste, req. n°163586
CE 21 avr. 1997, Sté gardoise de mécanique et de chaudronnerie, req. n°157998
CE 25 avril 1997, Rouault, req. n°163971
CE 28 avril 1997, Jorf, req. n°162288
CE 30 avril 1997, Association nationale pour l'éthique de la médecine libérale, rec. 174
CE 7 mai 1997, Nicolai, req. n°159430
CE 9 juillet 1997, Stinflin, req. n°163600
CE 17 octobre 1997, Banque industrielle et immobilière privée, req. n°162597
CE 29 octobre 1997, Sanyo contre Fekar, req. n°172137
CE 15 décembre 1997, Société Limoges Castel, req. n°169792 et 169793

1998

CE 11 février 1998, Société anonyme des Monoprix, rec. 53
CE 1er avril 1998, Iguacel et Cornets, req. n°136091
CE 6 avril 1998, Société reprographie moderne J. Bessière, req. n°170505
CE 5 octobre 1998, Société des transports Vacher, req. n°168381
CE 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, rec. 369

1999

CE 11 juin 1999, req. n°189144 et n°195706

2000

CE 22 novembre 2000, Mutuelle interjeunes, req. n°211285

2001

CE 27 juin 2001, SARL Les Cableries, req. n°202701
CE Ass., 26 octobre 2001, Ternon, req. n°197018, rec. p. 497
CE 14 novembre 2001, Mariot, req. n°230240
CE 21 décembre 2001, Préfet de Seine-Maritime, req. n°224363

2002

CE 10 mai 2002, Bernadac, req. n°220907
CE 14 juin 2002, Association Promouvoir, rec. 217
CE 26 juin 2002, SNC Sicup Uniroyal, req. n°219940
CE 9 octobre 2002, Société GIAT industries, req. n°233596

2003

CE sect. 30 juillet 2003, Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs, req. n°237201, rec. p. 346
CE 17 octobre 2003, Société Smurfit Lembacel, req. n°247701

2004

CE 4 février 2004, Association Promouvoir, rec. t. 887-888
CE Ass., 11 mai 2004, Association AC ! et autres, req. n°255886
CE 29 déc. 2004, Sté Laboratoire GlaxoSmithKline, rec. p. 469, req. n°259085

2005

CE 11 février 2005, Marcel, req. n°247673

CE 20 avril 2005, IMS, req. n°254909
CE 20 avril 2005, Senior, req. n°254066
CE 20 mai 2005, Association Pyrene Plus, req. n°264553
CE 1er juillet 2005, Ousty, req. n°261002
CE 4 juillet 2005, Patarin, req. n°272-193, rec. 306, RJS 2005 n°1121
CE 9 novembre 2005, req. n° 261874
CE 13 décembre 2005, ANT c. Valadier, req. n°277748

2006

CE 8 mars 2006, Mutualité des Ardennes, req. n°270709
CE Ass., 24 mars 2006, Société KPMG et autres, req. n°288460 et s.
CE 23 juin 2006, Société Actilor, req. n°289549
CE 9 juillet 2006, Sangare, req. n°287479
CE 12 octobre 2006, Schiffli, req. n°286829
CE 12 octobre 2006, Sidel Filling, req. n°287479
CE 24 novembre 2006, Rodriguez, req. n°284208

2007

CE 26 janvier 2007, Chabé Limousines, req. n°278081
CE 9 juillet 2007, Sangare, req. n°288295

2008

CE 4/5 SSR, 5 sept. 2008, Société Seroba et Ministre du travail, des relations sociales et de la solidarité, req. n°301506
CE 5 septembre 2008, Société SAPA Profilés Puget, req. n°303707
CE 3 octobre 2008, Association nationale de réadaptation sociale, req. n°308046
CE 6 octobre 2008, Société Cinéditions, AJ 2009.544
CE 22 octobre 2008, Barbier, req. n°294958
CE 29 octobre 2008, Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes, req. n°304426

2009

CE 20 mars 2009, Anani, req. n°309195
CE 20 mars 2009, Société le Vigilant Hermès Protection, req. n°309196
CE 21 juillet 2009, Société Agio Sigarenfabrieken, req. n°314968
CE Ass., 30 octobre 2009, Madame Perreux, rec. 407
CE 20 novembre 2009, Ministre du travail c/ Sentenac, req. n°320179
CE 25 novembre 2009, Association Promouvoir, Association action pour la dignité humaine, rec. 964
CE 7 décembre 2009, Grece, req. n°315588
CE 7 décembre 2009, Ouahrirou, req. n°322581
CE 14 décembre 2009, Société Labatut Rhône Alpes, req. n°314877

2010

CE 25 janvier 2010, Société Cora Belgique et Société des Supermarchés Match, req. n°260198, rec. p. 771
CE 17 février 2010, req. n°324398
CE 22 mars 2010, Société CTP Prêt à partir, req. n°324398
CE 5 mai 2010, Société Mona Lisa Investissements, req. n°325726
CE 9 juin 2010, M. Bellagrouz contre Société Chevron Chemical Company, req. n°315938
CE 13 juillet 2010, Lauzet, req. n°329459

CE 23 juillet 2010, Boussereau, req. n°332355
CE 15 décembre 2010, Société Amadeus, req. n°318698

2011

CE 24 février 2011, Laupretre, req. n°335126

2012

CE 22 février 2012, Mariano-Robert, req. n°335200
CE 22 février 2012, Gaston A., req. n°346307

B. TRIBUNAL ADMINISTRATIF ET COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL

CAA Nantes, 31 janvier 1997, Gedis, req. n°160253

CAA Lyon, 15 mars 1999, Maison de l'enfance Prémol, req. n°98LY01429

CAA Nantes, 28 mars 2002, Société Anonyme Saméto-Technifil contre Ministre de l'emploi et de la solidarité, req. n°99NT00149

TA Lyon, 27 décembre 2006, Barriol, req. n°0407223

CAA Versailles, 18 septembre 2007, M. Mikael Duneau, req. n°06VE02484

CAA Lyon, 23 octobre 2007, Marty, req. n°05LY00086

CAA Bordeaux, 31 octobre 2007, S.A. Bodycode Hit, req. n°05BX00338

CAA Douai, 11 juin 2008, Société Camaïeu International, req. n°06DA00822

CAA Nantes, 30 octobre 2008, Mediapost, req. n°08NT00909

CAA Bordeaux, 25 novembre 2008, Société Hydro Aluminium Extrusion France, req. n°07BX00921

CAA Lyon, 30 juillet 2009, M. Gérard Bougreau, req. n°08LY02591

CAA Nancy, 6 août 2009, Bowling de Colmar, req. n°08NC00226

CAA Versailles, 14 octobre 2009, Mariano Robert, req. n°07VE03040

CAA Bordeaux, 10 novembre 2009, Al Koudri, req. n°09BX00092

CAA Versailles, 8 juin 2010, Société IDEX Energie, req. n°08VE01953

CAA Paris, 30 juin 2010, Société DHL Productions req. n°10PA00507

CAA Nancy, 5 juillet 2010, Société DS Smith Kayserberg, req. n°09NC00593

CAA Marseille, 8 juillet 2010, Société à responsabilité limitée Logifos, req. n°08MA00322

CAA Lyon, 30 novembre 2010, req. n°08LY01539

CAA Paris, 6 décembre 2010, Biribin Limousines, req. n°05PA02486

CAA Douai, 14 avril 2011, Société SANEF, req. n°10DA00690

CAA Nantes, 20 octobre 2011, Sas Fragrance Production, req. n°10NT00535

CAA Nancy, 22 septembre 2011, M. Stéphane A., req. n°01NC01570

CAA Marseille, 22 novembre 2011, Société méditerranéenne de nettoyage, req. n°09MA03948

CAA Paris, 10 mai 2012, Abdelkader A, req. n°11PA03094

CAA Paris, 31 juillet 2012, Société Hôtel Kia Ora, req. n°11PA02647

CAA Paris, 27 novembre 2012, Magiera, req. n°11PA02925

CAA Marseille, 5 mars 2013, SAS Vitembal SI, req. n°11MA04743

§2 – Jurisprudence judiciaire

A. TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE

TGI Saverne, 22 juillet 1983, RPDS février 1984, req. n° 466, p. 35

Cons. prud'h. Boulogne-Billancourt, 17 novembre 2012, req. n°09-00343

B. COUR D'APPEL

CA Reims, ch. soc., 9 juin 2010, req. n° 09-03209

CA Besançon, ch. soc., 15 novembre 2011, req. n°10-02642

E. COUR DE CASSATION

Cass. Crim., 15 mai 1973, req. n°72-90078

Cass. Crim., 31 janvier 1974, req. n° 73-90160

Cass. Soc., 26 avril 1979, req. n°78-11237

Cass. Soc., 12 décembre 1983, req. n°81-42100

Cass. Soc., 12 février 1987, Société Transkol, req. n°85-44152

Cass. Soc., 16 février 1987, Etablissements Trouillet, req. n°84-41065

Cass. Soc., 11 mai 1988, Société Générale de restauration, req. n°85-43804

Cass. Soc., 19 décembre 1989, req. n°89-42799

Cass. Soc., 21 novembre 1990, req. n°89-10124

Cass. Soc., 20 févr. 1991, req. n°89-42288

Cass. Soc. 7 mai 1991, req n°89-14848

Cass. Soc., 19 juin 1991, req. n°89-44566

Cass. Soc., 2 avril 1992, req. n°90-42030

Cass. Ass. Plèn., 10 juillet 1992, Compagnie Air Afrique, req. n°88-40672

Cass. Soc., 17 mars 1993, req. n° 90-43819

Cass. Soc., 13 juillet 1993, req. n° 90-41279

Cass. Soc., 17 octobre 1995, req. n°93-44099

Cass. Ass. Plén., 20 déc. 1996, Rey-Herme c./ Alliance française, req. n°92-40641

Cass. Soc., 5 mars 1997, Association Notre-Dame de bon secours c./ Bouille, req. n°96-

60041, Bull. Civ. V n°99

Cass. Soc., 18 juin 1997, req. n°94-43348

Cass. Soc., 25 novembre 1997, n°94-43651

Cass. Soc., 10 déc. 1997, req. n°94-45.254 : Bull. civ. V, no 431E

Cass. Soc., 16 décembre 1998, req. n°96-43510

Cass. Soc., 17 février 1999, req. n°97-40511

Cass. Soc., 19 octobre 1999, req. n°98-85474

Cass. Soc., 12 juin 2001, req. n°00-40480

Cass. Soc., 23 mai 2000, req. n°97-42125

Cass. Crim., 27 juin 2000, req. n°99-86894

Cass. Soc., 27 juin 2000, Fraysse contre Association pour l'éducation et l'insertion des handicapés, req. n°97-43536

Cass. Soc., 4 juillet 2000, Maury c. Société SOVAB, Bull. n° 263

Cass. Soc., 14 février 2001, Campana et autres c. Société Agio Sigarenfabrieken, req. n°99-60355, Bull. Civ. V n°55

Cass. Soc., 21 janvier 2001, Anstett, req. n°99-41824, Bull. Civ. V n°20

Cass. Soc., 12 juin 2001, n°00-40480, Bulletin 2001 V N° 220 p. 175

Cass. Soc., 22 mai 2002, Société Piani, req. n°99-45878

Cass. Soc., 26 novembre 2002, req. n° 00.42-401, Bull. Civ. V n°352

Cass. Soc., 29 janv. 2003, req. n°00-45.961

Cass. Crim., 2 septembre 2003, req. n°02-86048

Cass. Soc., 24 février 2004, Société Charvet, req. n°01-47000

Cass. Soc., 25 mai 2004, Cacachou contre Société Teleco, req. n°02-44272

Cass. soc., 22 juin 2004, req/ n° 02-41689

Cass. soc., 12 octobre 2004, req. n°02-40392

Cass. Soc., 29 mars 2005, req. n°03-40768

Cass. Soc., 9 avril 2005, req. n°03-43629

Cass. soc., 17 mai 2005, req. n°03-40017

Cass. Soc., 3 avril 2001, X. contre Société M6, req. n°98-45818

Cass. Soc., 10 mai 2006, req. n°04-40901

Cass. Soc., 12 juillet 2006, req. n° 06-48351

Cass., 28 février 2007, Société Idex, req. n°06-41710

Cass. Soc., 19 juin 2007, Société Dexia crédit local contre Buval et autres, req. n°05-44814

Cass. Soc., 9 juillet 2008, req. n°06-45800

Cass. Soc., 11 février 2009, X. contre Société industrielle des oléagineux, req. n°07-45068
 Cass. Soc., 23 septembre 2009, Société Onyx Est contre Michel, req. n°08-40406
 Cass. Soc., 17 juin 2009, req. n°08-41648
 Cass. Soc., 10 nov. 2009, Siuli c./ Association l'Accueil, req. n° 08- 40924
 Cass. Soc., 16 décembre 2009, Société du journal Midi libre, req. n°08-44246
 Cass. Soc., 16 mars 2010, Association Sainte-Anne c./ X, req. n° 08-43057
 Cass. Soc., 29 septembre 2010, Art Creator Studio, req. n°09-40515
 Cass. Soc., 19 octobre 2010, M. X c. Société Pfizer Global Manufacturing, req. n°08-44247
 Cass. Soc. 23 novembre 2010, Société Trane contre Tressère, req. n°09-40638
 Cass. Soc., 1er déc. 2010, Société Pano France Nord c./Barane, req. n°09-41693
 Cass. Soc., 22 mars 2011, Gisbert c./Thetiot, req. n° 10-12041
 Cass. Soc., 22 juin 2011, Supermarchés Match,, req. n° 09-73007
 Cass. Soc., 14 sept. 2012, Nelis c/ Sté Iton Seine, req. n° 11-21307
 Cass. 2° Civ., 11 oct. 2012, CPAM de l'Eure c. M. M., req. n°11-23517

§4 – Jurisprudence du Tribunal des conflits

TC, 24 juin 1996, Préfet du Lot et Garonne, req. n°03031
 TC, 14 février 2000, Groupement d'intérêt public « habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abris » c. Mme Verdier, Rec. 748

§4 – Jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes

CJCE, 27 octobre 1993, Enderby, req. n°C-127/92

§5 – Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 19 avril 1994, Van de Hurk c/ Pays-Bas, req. n°16034/90
 CEDH, 4 septembre 1996, Denise Higgins et autres c/ France, req. n°20124/92

§6.Décisions du Conseil constitutionnel

CC n°77-83 DC, 20 juillet 1977
 CC n°86-224 DC, 23 janvier 1987

CC n° 88-244 DC, 20 juillet 1988

CC n° 88-244 DC, 6 novembre 1988

CC n°89-260 DC, 28 juillet 1989

CC n°93-328 DC, 16 décembre 1993

CC n° 2006-535 DC, 30 mars 2006

CC QPC n° 2012-242, 14 mai 2012

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	7
LA PROTECTION COMME MENACE.....	7
Section I. L'impératif catégorique d'une protection de certains salariés contre le licenciement	9
I. Les motifs de la solution française d'une protection des salariés exposés	9
II. La reconnaissance externe du bien-fondé du système des salariés protégés.....	10
§1. Les sources externes de la protection	10
A. Les conventions de l'organisation internationale du travail.....	10
B. Le droit de l'Union européenne.....	11
1. Le statut du salarié protégé en droit de l'Union européenne.....	12
2. Le renforcement de la lutte contre la discrimination syndicale.....	13
§2. La mise en place de la protection dans d'autres pays industrialisés.....	14
A. Le cas anglais	15
C. Le cas luxembourgeois	16
Section II. Le droit du licenciement disciplinaire des salariés protégés contre les principes d'efficacité et de justice.....	17
I. La solution française d'une lourde protection contre le licenciement disciplinaire .	17
§1. La large protection des salariés protégés en cas de faute	17
A. Le champ étendu de la procédure spéciale	17
B. Le licenciement disciplinaire du salarié protégé également contrôlé.....	18
1. L'approche particulière de la faute dans le licenciement disciplinaire du salarié protégé	19
2. Le rachat de la faute du salarié protégé.....	20
§2. Les moyens considérables dédiés à la protection de certains salariés	21
A. Au niveau des acteurs privés	21
1. L'investissement de l'employeur	21
2. L'investissement du salarié	22
B. Au niveau des acteurs publics.....	22
II. Les retombées négatives de la protection	23
§1. Le coût social d'une protection contre la faute.....	23
§2. La protection opposée à la justice.....	24
PREMIÈRE PARTIE. Le licenciement disciplinaire contenu par la procédure.....	25
TITRE I. LA FAUTE DU SALARIE PROTEGE ENVISAGEE PAR L'INSPECTION DU TRAVAIL....	28
Chapitre I. La détermination de la compétence de l'inspection du travail	29

Section I. La large compétence matérielle de l'inspection du travail	32
I. La compétence de l'inspection du travail établie par une casuistique législative.....	32
§1. L'inspection du travail compétente au titre de la loi.....	32
A. Les cas où le salarié est protégé dans le cadre d'un mandat.....	33
1. Les mandats exercés au sein de l'entreprise	33
2. Les mandats exercés en dehors de l'entreprise	35
a. L'inventaire législatif	35
b. La nécessaire information préalable de l'employeur	36
B. Les cas où le salarié est protégé hors du cadre d'un mandat	37
1. L'implication dans des élections professionnelles	37
2. L'ancienne appartenance à une catégorie de salarié protégé	37
§2. L'incompétence exceptionnelle de l'inspection du travail au profit d'autres corps de fonctionnaires	38
A. Les domaines de mise en échec du monopole de compétence de l'inspection du travail.....	38
1. L'énergie et les matières premières	39
2. Les activités de défense nationale	39
B. L'explication de l'existence de résidus de la fusion des services chargés de mission d'inspection du travail	40
1. La fusion des services chargés des missions d'inspection du travail	40
2. L'impossibilité de rattacher certaines missions d'inspection du travail au droit commun	41
II. La compétence de l'inspection du travail établie même pour les cas limites.....	43
§1. Les frontières floues entre public et privé tenues pour inexistantes	43
A. L'application du statut protecteur au sein de structures quasi-publiques	44
1. Les sociétés anonymes à participation d'Etat	44
2. Les établissements publics	45
3. Les groupements d'intérêt public.....	46
B. L'application du statut protecteur à des fonctionnaires	47
1. Le fonctionnaire en disponibilité, salarié protégé en puissance	47
2. Du fonctionnaire en détachement au salarié protégé	48
§2. Les frontières floues entre national et étranger tenues pour inexistantes	49
Section II. La compétence territoriale de l'inspection du travail	51
I. L'illisibilité des règles de compétence territoriale	51
§1. L'organisation d'un système complexe	52
A. Le changement des échelons organisationnels	52
1. Le choix originel de l'échelon départemental	52
2. La régionalisation de l'organisation de l'inspection du travail	53

B. La permanence des échelons opérationnels.....	54
1. La section, échelon opérationnel immarcescible.....	54
2. La difficile délégation de compétence d'un inspecteur du travail à un autre inspecteur du travail.....	55
§2. La liaison de la demande à un inspecteur du travail territorialement compétent.....	56
A. Le critère (trop) général de la localisation de l'établissement.....	56
1. Les normes fixant le critère de la localisation de l'établissement.....	56
2. L'application de cette règle générale aux cas généraux	57
B. L'application délicate des règles de compétence aux cas spécifiques	58
1. Le salarié itinérant	59
2. Le salarié employé par une entreprise strictement basée à l'étranger	59
II. Le partage territorial source d'un déficit d'impartialité	60
§1. L'affirmation du principe d'unicité de l'enquêteur et du décideur	60
§2. L'atteinte à l'impartialité objective.....	61
Chapitre II. L'enquête et la décision de l'inspection du travail	64
Section I. L'enquête contradictoire	65
I. L'ambition d'un réel moment contradictoire	65
§1. Le déroulement de l'enquête	65
A. L'obligation de mener l'enquête.....	65
1. La fin des hésitations jurisprudentielles sur la nullité de la procédure en cas d'absence d'enquête.....	65
2. La dispense exceptionnelle d'enquête contradictoire.....	67
B. La convocation à l'enquête.....	67
1. La forme bien déterminée de la convocation	68
2. L'imprécision sur les délais de la convocation.....	69
C. L'échange entre l'inspecteur et les parties.....	69
1. La possibilité d'une représentation ou d'une assistance	70
2. La présence réelle lors de l'audition	71
§2. L'exigence contradictoire.....	72
A. L'application d'une jurisprudence bien établie à l'enquête contradictoire.....	73
1. Le rappel des règles classiques fondant le principe du contradictoire	73
2. L'application de ces règles classiques à l'enquête contradictoire	74
B. Les limites de l'application du principe du contradictoire	75
1. La limite spacieuse au principe du contradictoire : l'efficacité administrative ..	75
2. La limite nécessaire au principe du contradictoire : l'impératif de ne pas porter préjudice à autrui	76
II. Les mécomptes de l'enquête contradictoire	78
§1. L'enquête contradictoire contre le droit à l'avocat	78

A. La privation de la représentation par un avocat sous prétexte de respect des conventions internationales	78
1. L'inspecteur du travail autorisé par les textes internationaux à entendre salariés et employeurs seuls	78
2. L'interprétation de cette convention pour priver du droit à l'avocat	79
B. L'illégalité de cette pratique contraire au droit à un avocat	80
1. Le droit fondamental du droit à l'avocat face à l'inspection du travail	80
2. L'impossible contradiction des conventions n°81 et 129 de l'OIT avec le droit à l'avocat	82
a. Le manquement à l'article 55 de la Constitution	82
b. Le manquement à la suprématie de la Constitution dans l'ordre interne	83
C. La nécessaire promotion de l'accès à un avocat pendant l'enquête contradictoire	83
§2. L'enquête contradictoire contre l'égalité de traitement des administrés	85
A. L'inégalité dans l'accès à une assistance juridique	85
1. L'accès à l'assistance juridique limité pour l'employeur	86
2. L'accès à l'assistance juridique consacré pour le salarié	86
B. L'investigation à décharge du salarié	87
Section II. La décision de l'inspection du travail	88
I. Le caractère relativement indicatif des règles de forme	88
§1. La notification sans importance de la décision	88
A. Le contenu de l'obligation de notification	88
1. Les délais de notification	88
2. Les destinataires de la notification	89
B. Les conséquences punitives d'une absence de notification	89
§2. La structure de la décision	90
A. Les mentions sans importance	90
B. Les mentions importantes	91
1. Les mandats exercés par le salarié protégé	91
2. La signature de l'auteur de la décision	92
II. Le caractère décisif de la motivation de la décision	93
§1. Les failles de la motivation	94
A. Les mentions obligatoires pour motiver la décision	94
1. Les mentions obligatoires pour tous types de licenciement	94
a. Le détail des éléments de fait et de droit justifiant le licenciement	94
b. Le détail des exceptions au licenciement du salarié protégé	95

2. Le constat d'un fait fautif obligatoire en cas de licenciement pour motif disciplinaire.....	96
B. Les mentions interdites dans la motivation	97
1. Les mentions interdites pour tous types de licenciement	97
2. L'atteinte à la présomption d'innocence en cas de licenciement pour motif disciplinaire.....	99
§2. Une stratégie de défense au seul bénéfice du salarié	99
TITRE II. LA FAUTE DU SALARIE PROTEGE DANS LE RECOURS DES PARTIES.....	103
Chapitre I. Les voies de recours disponibles.....	105
Section I. La phase sans juge administratif	106
I. La mise en échec administrative	106
§1. L'inégalité dans la mise en échec de l'autorisation par l'administration....	106
A. Le rare succès d'un recours formé par l'administré	107
1. Le recours gracieux, libéralement ouvert mais voué à l'échec	107
a. L'apparence libérale du recours gracieux	107
b. le caractère illusoire du recours gracieux	108
2. Le recours hiérarchique, moins ouvert mais plus fructueux	109
a. Les conditions de recevabilité plus contraignantes du recours hiérarchique	109
b. Les fortes chances d'échec	110
B. L'administration capable de retirer sa propre décision	111
1. Les motifs du retrait d'office	111
2. La forme du retrait	112
3. Les conséquences du retrait	113
§2. la conjonction des recours, source d'une lourde gestion administration	113
A. L'adaptation de l'administration face aux recours simultanés	114
1. La coordination entre administration déconcentrée et administration centrale	114
2. L'information du juge administratif	115
B. L'obligation de l'administration lors de recours séquentiels	115
§3. La nécessaire refonte de la demande d'annulation à l'administration.....	116
II. Le garde fou d'un recours devant le juge judiciaire	116
§1. L'illégalité du licenciement du salarié protégé sans autorisation administrative	117
§2. La sanction du juge judiciaire en cas de licenciement sans autorisation	118
A- La suppression des effets du licenciement illégal	118
B- Le versement d'indemnités	118
Section II. La procédure devant la juridiction administrative	120

I. Le tribunal administratif	120
§1. Le recours contentieux ouvert au syndicat professionnel.....	120
§2. Le recours devant le tribunal administratif soumis aux règles de droit commun du contentieux administratif	122
II. La cour administrative d'appel	124
III. Le Conseil d'Etat.....	124
Chapitre II. Les conséquences de l'annulation contentieuse.....	127
Section I. Les obligations de l'administration.....	129
I. La nouvelle saisine de l'administration pour instruction.....	129
§1. Le principe d'automaticité de la saisine	129
A. Le cas de l'annulation du refus de l'autorisation.....	129
1. L'affirmation du principe de la nouvelle saisine automatique	129
2. L'application de ce principe au traitement par l'administration du licenciement du salarié protégé	131
B. Le cas de l'annulation de l'autorisation.....	132
§2. Les obstacles exceptionnels à une nouvelle saisine.....	132
A. La rare exception à une nouvelle saisine après l'annulation d'une autorisation ou d'un refus	133
B. Les exceptions à une nouvelle saisine applicables uniquement lors de l'annulation d'une autorisation.....	134
1. L'autorité de la chose jugée.....	134
2. La perte du statut protecteur	135
3. La non-réintégration du salarié	135
II. les règles guidant la nouvelle décision	136
§1. L'éventuelle tenue d'une enquête contradictoire	137
A. La dispense d'enquête contradictoire en cas d'identité des circonstances de fait et de droit	137
B. La nécessaire tenue d'une enquête contradictoire en cas de changement des circonstances de fait et de droit	137
§2. La soumission de la nouvelle décision à l'évolution du droit et des faits ..	138
A. L'exigence de conformité à la chose jugée.....	138
B. L'exigence d'adaptation aux circonstances de droit et de fait	139
Section II. Les obligations des particuliers	140
I. L'absence d'obligations pour le salarié.....	140
II. Des obligations pesantes pour l'employeur en cas d'annulation de l'autorisation	140
§1. L'obligation de réintégration	140
A. La mise en œuvre de l'obligation de réintégration.....	140

B. Une source de déstabilisation pour l'entreprise.....	143
§2. L'obligation d'indemnisation.....	143
DEUXIÈME PARTIE. Le licenciement disciplinaire contenu par l'indulgence	147
TITRE I. L'ATTENUATION DES EFFETS DE LA FAUTE	150
Chapitre I. L'atténuation manquée : la distinction factice entre faits commis en dehors et dans l'exercice du mandat.....	152
Section I. La faute apparemment chassée du licenciement pour un fait commis dans l'exercice du mandat	155
I. Le règne de la faute.....	155
§1. La faute par voie d'action	155
A. L'usage détourné des moyens du mandat	155
B. L'usage excessif des libertés du mandat	156
§2. La faute par voie d'omission	158
A. La faute issue de l'absence de rôle modérateur pendant les conflits collectifs ..	159
B. Les autres types de carence fautive	160
II. le nouveau règne du trouble objectif	161
§1. Le fait commis dans l'exercice du mandat sorti du terrain disciplinaire	162
A. Une solution de la Cour de cassation... ..	162
B. ...Reprise par l'ordre administratif.....	164
§2. Le trouble objectif substitué à la faute	165
A. La notion de trouble objectif, passée des juridictions judiciaires aux juridictions administratives	165
B. Les applications du remplacement de la faute par le trouble objectif au sein de l'ordre administratif	167
Section II. Aucune rénovation du licenciement pour acte commis dans l'exercice du mandat sans évolution législative.....	169
I. Chassé par la porte, le pouvoir hiérarchique revient par la fenêtre	169
§1. La persistance de la faute pour motiver un licenciement lié à l'exécution du mandat.....	169
A. La persistance assumée	170
B. La persistance dissimulée : appeler une faute un trouble objectif	174
§2. Le maintien du pouvoir hiérarchique de l'employeur pour des actes concernant l'exécution du mandat	175
A. Le champ étendu du licenciement pour troubles objectifs	175
B. La nature inévitablement hiérarchique du licenciement	177
II. L'avenir du licenciement du salarié protégé pour son comportement dans	

l'exécution de son mandat.....	179
§1. L'option inenvisageable : le retour sur la jurisprudence Patarin	179
A. Les mérites d'un retour à la cohérence.....	180
B. L'inopportunité d'un tel retour	181
§2. L'option préférable : le maintien de la jurisprudence Patarin, non sans adaptations majeures.....	181
A. La suppression du licenciement pour des faits liés à l'exécution du mandat	181
B. La transformation du cadre du contrôle des faits liés à l'exécution du mandat..	182
Chapitre II. L'atténuation réussie : La vérification sourcilleuse des éléments de faits et de droit justifiant le licenciement.....	186
Section I. Le contrôle de l'imputabilité des faits	188
I. Le nécessaire rattachement au motif disciplinaire	188
§1. Le caractère disciplinaire des faits reprochés	189
§2. La possibilité de sanctionner les faits reprochés.....	190
II. L'absence de prescription des faits	191
§1. Le point de départ de la prescription fixé à la prise de connaissance de l'employeur du fait fautif.....	192
A. Le cas général.....	192
B. Le décalage du point de départ en cas d'enquête interne	193
§2. La durée de la prescription	194
III. La prise en compte des jugements pénaux définitifs dans le contrôle de l'imputabilité des faits.....	195
Section II. Le contrôle de la matérialité des faits	196
I. L'établissement de la preuve à la charge de l'employeur	197
§1. Une charge pesant sur l'employeur	197
A. L'exposé de l'employeur	197
B. La contre-enquête de l'inspection du travail	198
§2. Le doute, allié du salarié protégé.....	199
II. Les limites de la preuve de la faute	200
§1. Les cas traditionnels d'atteinte à la vie privée	200
A. L'ancienne affirmation du droit au respect de la vie privée sur le lieu de travail	200
B. Les problématiques classiques de conciliation entre mode de preuve et respect de la vie privée	201
1. La détection de la présence de substances récréatives	201
2. Les espaces de vie privée totale	202
3. Les espaces de vie privée au temps et lieu de travail	202
§2. Les nouveaux enjeux posés par le développement des technologies de	

l'information et de la communication.....	204
A. Le panoptique réel face à la vie privée	204
B. Le panoptique virtuel face à la vie privée.....	205
Section III. Le contrôle de la gravité des faits.....	207
I. La notion très protectrice de faute d'une gravité suffisante.....	208
§1. L'énoncé de la notion de faute d'une gravité suffisante	208
§2. la notion de faute d'une gravité suffisante, espace de liberté pour l'appréciation du juge	209
II. Les facteurs modulateurs de la faute du salarié protégé.....	210
§1. Les facteurs atténuants.....	210
A. L'environnement du salarié protégé	210
B. Le comportement antérieur du salarié protégé	211
§2. Les facteurs aggravants.....	212
A. L'environnement du salarié protégé	212
B. Le comportement antérieur du salarié protégé	212
TITRE II. LA REDEMPTION DE LA FAUTE.....	215
Chapitre I. La redemption par l'amnistie	218
Section I. Le retour à contre-temps de l'amnistie du salarié protégé.....	220
I. Le declin des lois d'amnistie	220
§1. La naissance d'une tradition d'amnistie	220
A. Le pardon, prérogative ancienne du souverain.....	221
1. La grâce du monarque souverain sous l'Ancien Régime	221
2. L'amnistie par le peuple souverain de 1791 à 1958	222
B. La tradition de la loi d'amnistie de 1958 à 2002	224
§2. L'abandon progressif des lois d'amnistie	225
A. La double charge contre les lois d'amnistie	225
1. L'amnistie clientéliste	225
2. Le risque de l'aléa moral.....	226
B. La volonté consensuelle d'en finir avec les lois d'amnisties périodiques	227
1. le champ de l'amnistie de plus en plus restreint.....	227
2. Les Présidents élus opposés à l'amnistie	228
II. Le renouveau des lois d'amnistie dans le domaine précis des salariés protégés...	229
§1. Le durcissement du climat social avec la crise économique	229
A. Le retour du chômage massif	229
B. Le dialogue social davantage sur le mode du conflit.....	231
§2. Le recours à une loi d'amnistie comme réponse aux troubles sociaux (et électorales ?).....	232

A. Le discours des partisans de l'amnistie des syndicalistes.....	233
1. Le pouvoir apaisant d'une tradition	233
2. Le compromis d'une amnistie restreinte	235
B. La possibilité d'une utilisation électoraliste de l'amnistie des salariés protégés	236
Section II. Le mécanisme rédempteur de la loi d'amnistie	238
I. Le cadre de l'amnistie.....	238
§1. La définition du champ de l'amnistie	238
A. La définition subsidiaire de définition <i>ratione temporis</i> et <i>loci</i> de l'amnistie....	238
1. L'amnistie systématiquement appliquée en métropole et dans l'outre-mer	239
2. L'amnistie datée à la prise de pouvoir du Président nouvellement élu.....	240
B. Le débat décisif de la définition <i>ratione materiae</i>	240
1. L'amnistie réservée au licenciement du salarié protégé pour motif disciplinaire	241
2. L'exclusion de certains faits fautifs du bénéfice de l'amnistie.....	241
a. Le triptyque révolu du manquement à la probité, à l'honneur ou aux bonnes mœurs	242
b. La définition du champ d'application <i>ratione materiae</i> dans la proposition de loi d'amnistie des faits commis à l'occasion de mouvements sociaux et d'activités syndicales et revendicatives.....	246
§2. La définition des conséquences de l'amnistie pour la réintégration.....	248
II. L'application de la loi d'amnistie	249
§1. L'obtention du bénéfice de l'amnistie en vue d'une réintégration	249
§2. Les conséquences de l'amnistie sur la procédure licenciement du salarié protégé	250
A. L'arrêt de l'action administrative	250
1. L'impossibilité d'engager une procédure de licenciement pour des faits amnistiés	250
2. La condition d'antériorité de la loi d'amnistie	251
B. Les conséquences après la saisine du juge	252
Chapitre II. La redemption par les pouvoirs exécutifs ou judiciaires.....	254
Section I. L'invocation d'un motif d'intérêt général faisant échec au licenciement.....	256
I. La technique du contrôle de l'intérêt général	258
§1. La technique du contrôle administratif de l'intérêt général	258
A. Le cadre législatif	258
B. Le cadre jurisprudentiel.....	259
II. Les motifs arbitraires et aléatoires du contrôle d'intérêt général	261

§1. Les motifs parfois arbitraires de la mise en œuvre du motif d'intérêt général	261
A. La constatation arbitraire d'un climat social tendu	261
1. Le lien entre climat social dégradé et intérêt général	261
2. Les biais d'une telle conception de l'intérêt général	263
a. L'incitation aux comportements antisociaux	263
b. Le manquement à l'exigence de motivation des jugements et des décisions administratives	264
B. Les critères objectifs	266
1. La constatation objective du faible nombre de représentants du personnel au sein de l'entreprise	266
2. La vérification des mandats exercés par le salarié protégé	267
§2. L'obstacle exceptionnel à la mise en œuvre du motif d'intérêt général	268
A. L'apparente préservation de l'intérêt de l'employeur	268
B. La réelle préservation de l'ordre public	270
Section II. Le refus du licenciement pour cause de lien avec les fonctions syndicales	272
I. L'apparence d'une vérification sourcilleuse du lien avec les fonctions syndicales	273
§1. Le principe de l'absence de licenciement avec les fonctions syndicales	273
§2. La recherche de l'absence de lien avec les fonctions syndicales	274
A. Le processus contradictoire destiné à réunir les faits	274
B. La méthode du faisceau d'indices	276
II. La création d'un véritable droit d'inertie au bénéfice du salarié protégé	276
§1. Les indices liés à la personne du salarié protégé	277
A. Les conditions d'exécution du contrat de travail comme révélateur	277
B. Les conditions d'exécution du mandat comme révélateur	278
§2. Les indices liés à l'environnement professionnel	279
BIBLIOGRAPHIE	285
I. MANUELS ET OUVRAGES GENERAUX	285
II. ARTICLES, CHRONIQUES, NOTES ET CONCLUSIONS	287
III. Traités et conventions	289
IV. Circulaires, instructions et notes administratives	289
V. Index de la jurisprudence	290
TABLE DES MATIÈRES	301